D. Johann Ludewig Schmidts
aus Quedlinburg
Herzoglich Sachsen-Coburg Meiningischen Hofraths und ordentlichen Professors der Pandecten auf der Herzoglich Sächsischen Gesamtakademie zu Jena, wie auch des Herzoglich Sächsischen gemeinen Hofgerichts und Schöppenstuhls daselbst Beysitzers, der Zeit Dechants der Juristen Facultät,

öffentliche Rechtssprüche

zur
Erweiterung
der praktischen Rechtsgelahrheit
nebst
einer Vorrede
worinne zugleich
von der fürtreflichen Nutzbarkeit
eines
casuistischen Rechtscollegiums
gehandelt wird.

Jena
verlegts Johann Rudolph Crökers seel. Wittbe.
1777.

Dem

hochlöblichen

Schöppenstuhle

zu Jena

widmet

dise Schrift

zum Denkmahl

seiner wahren Hochachtung

und

collegialischen Freundschaft

der Verfasser.

Vorrede

worinne zugleich von der fürtreflichen Nutzbarkeit eines casuistischen Rechtscollegiums gehandelt wird.

Da die Rechtsgelahrheit in einer Wissenschaft der Gesetze und deren Anwendung auf mancherley Fälle bestehet, so ist es wohl unleugbar, daß kein Rechtsbeflissener zur Rechtsgelahrheit gelanget, woferne er nicht mit der erlernten Wissenschaft der Gesetze zugleich deren Anwendung verbindet. Durch diese wird jene Erkänntniß erst leben-

dig und zu derjenigen Brauchbarkeit erhoben, weshalb man zuvor die Rechtswissenschaft zu erlernen sich Mühe gegeben. So wie derjenige, welcher, nachdem er sich um die Mittel zu einer Absicht zu gelangen vorhero emsig beworben, und zu diesen Mitteln endlich gekommen, selbige aber nachhero nicht zu der vorgesetzten Absicht gebraucht, dem Vorwurfe einer grossen Unbedachtsamkeit ausgesetzt wird, eben so und nicht anders wiederfähret es auch denenjenigen, welche, nachdem sie zwar vielen Fleiß auf die Erlernung der Rechte verwendet, alsdenn bey dieser sich erworbenen Känntniß stille stehen, und selbige nachhero zu keiner nützlichen Ausübung zu bringen suchen. Von je her haben sich also der Rechte wohl erfahrne Männer bemühet, durch casuistische Schriften die Wissenschaft der Gesetze dergestalt nutzbar zu machen, daß damit dem Staate die ersprießlichsten Dienste geleistet werden können.

Ueberzeugt von diesem grossen Vortheile, habe ich aus gleicher Absicht bereits im Jahre 1769 meine rechtlichen Endscheidungen ans Licht treten lassen. Weil aber selbige fürnämlich mit den Rechtswahrheiten bey Münzsorten, in welchen eine Geldschuld zu bezahlen, sich beschäftigen, so habe ich ferner darauf den Bedacht genommen, meine Bemühungen auch auf andere Gegenstände der gesammten Rechtsgelahrheit zu richten. Dahero sind nun gegenwärtige öffentliche Rechtssprüche entstanden. Ich habe mich dieses Tituls um deswillen bedienet, weil dieses Buch so wohl Urthel als rechtliche Gutachten in sich enthält, welche ich größten Theils

Namens

Namens des hiesigen Schöppenstuhles ausgearbeitet habe. Ich mache dabey den Zusatz, zur Erweiterung der praktischen Rechtsgelahrheit, weil ich einem jeden, welcher mit der Rechtsgelahrheit, ihrem sie veredlenden Endzwecke gemäs, sich beschäftiget, dadurch eine Beyhülfe zu leisten mich bestrebet habe. Ein jeder, welcher dergleichen Arbeiten zu beurtheilen im Stande ist, wird leichte wahrnehmen, in wie ferne sich meine Bemühungen von Anderer ihren sowohl ältern als neuern ähnlichen Sammlungen merklich unterscheiden. Geschichte, Rechtswissenschaft und deren Anwendung ist dabey mit einander um deswillen genau verbunden worden, weil selbige das Wesen der Rechtsgelahrheit ausmachen, und also, meinem Ermessen nach, in casuistischen Rechtsschriften nicht von einander getrennt seyn dürfen. Zugleich muß ich aber auch dabey erinnern, daß ich selbige nicht nur vor Geübte, sondern auch für Ungeübte bestimmt habe. Dahero dürfen jene das nicht für überflüssig halten, was diese, wenn es nicht vorgetragen wäre, für einen Mangel achten würden. Ich habe ferner diese Rechtssprüche, wie das vorausgesetzte Verzeichniß zu erkennen giebet, in eine solche Ordnung gebracht, daß, wenn sie zumal dereinsten vermehret werden sollten, daraus mit der Zeit ein praktisches System von Rechtsfällen gebildet werden kann. Denn es ist gar sehr zu empfehlen, daß diejenigen, welche auf Akademien die Rechte erlernen, nach geendigter Theorie, durch ein casuistisches Rechtscollegium sich zur Praxis anführen lassen.

Ich verstehe darunter ein solches Collegium, da man die Rechtswissenschaft mit besondern Rechtsfällen dergestalt erläutert, daß selbige den Zuhörern Theils zur mündlichen, Theils zur schriftlichen Entscheidung vorgetragen und dabey, zur abwechselnden Aenderung des Urtheils, in der Geschichte bald Umstände hinzugefüget, bald welche wiederum hinweg genommen werden.

Schon diese Erklärung giebt den fürtrefflichen Nutzen eines solchen Collegiums zu erkennen. Denn hierdurch werden diejenigen, welche sich mit ernstlichen Fleiß den Rechten widmen, nicht nur in der Theorie mehr geübet, sondern sie bekommen auch fürnämlich dadurch eine Fertigkeit in der praktischen Beurtheilungskraft der Rechte, daß sie selbige, nach Verschiedenheit der bey den Fällen vorgebrachten mannichfaltigen Umstände, sowohl in einem mündlichen als schriftlichen Vortrage zu behandeln, geschickt werden. Ihre Rechtseinsicht wird dadurch erweckt und in eine Thätigkeit versetzt, welche nie eine einsame Betrachtung hervorbringen mag. Hier geräth Forschen und Nachdenken in Bewegung. Der Geist wird lebhaft und beschauet mit Aufmerksamkeit was ihm so wohl Nutzen und Vortheil, als Schaden und Nachtheil verschaffen kann. Man lernt prüfen und erfahren, beydes, was man nachzuahmen und nicht nachzuahmen hat. Man gelanget dadurch zu der so edlen Kunst mancherley Hindernisse aus dem Wege zu räumen. Hindernisse, die Anfängern in der ausübenden Rechtsgelahrheit oft unübersteiglich zu seyn scheinen. Hier wird aber alles hinweggeräumet was in Wege

stehen

stehen kann. Man lernt arbeiten und Schwierigkeiten überwinden, mit welchen jede praktische Wissenschaft und insbesondere die Rechtsgelehrsamkeit häufig umgeben ist.

Der Geist wird dadurch zu einem juristischen Genie gebildet. Das ist, zu einer fertigen Lebhaftigkeit und Einbildungskraft, welche ein geschärfter Verstand begleitet, in die Ursachen der Gesetze, als deren Seele, einzudringen, sie in Verhältniß zu stellen, und solchergestalt, durch Hülfe wohlgefaßter Rechtsbegriffe und Grundsätze, mit einer ausgebildeten philosophischen Denkungskraft, nach der Analogie der Rechte urtheilen zu lernen. Als wodurch man hauptsächlich auf die Spur neuer Gedanken, und zu Entdeckung neuer Rechtswahrheiten hingeführet wird.

Ferner, man gelanget dadurch zu einer juristischen Gegenwart des Geistes. Welche ist eine Fertigkeit der Gemüthskräfte, alle zur rechtlichen Entscheidungen der Sache dienlichen Umstände mit einem schnellen Blick auf einmal wahrzunehmen. Denn man wird dadurch gewöhnt, geschwind so wohl zu beobachten, als zu urtheilen, und sich auszudrucken, ohne durch eine langwierige unentschlossene Speculation an der Ausführung gehindert zu werden.

Soll ich mich nun aber auch zugleich wegen der Uebung eines casuistischen Rechtscollegiums erklären, so rechne ich dahin vorzüglich folgende Stücke.

Man lasse von seinen Lehrlingen die über die Rechtsfälle gefaßten Gutachten und Urthel in einen Auszug bringen. Welchen sie abwechselnd, bald mündlich, bald schriftlich in darüber gefertigten Aufsätzen vorzutragen haben.

Man zeige ihnen, wie sie die Materialien anordnen und ihre Gedanken sowohl deutlich, als ordentlich in richtigen und gutem Teutsch, so viel thunlich, ausdrücken müssen.

Man gehe ihren Vortrag mit ihnen Zergliederungsweise durch, so daß man nicht nur das Fehlerhafte, sondern auch das Wohlgetroffene dabey bemerket, und ihnen bey jeder Verbesserung die Gründe derselben bekannt macht.

Man lege ihnen sowohl fehlerhafte als gute Muster vor, um künftig jene zu vermeiden, und diese desto mehr nachzuahmen.

Man zeige ihnen allenthalben die Grundsätze der Bearbeitung, Anordnung und Ausführung.

Man lasse ihnen die Wahrheit und den Werth eines vorgelegten Vortrages untersuchen und beurtheilen, irrige Sätze und Meinungen widerlegen, die wahren aber desto standhafter vertheidigen.

Man gebe ihnen auf, die Person bald eines Consulentens, bald eines Sachwalters, bald eines Richters vorzustellen.

Man

Man gewöhne sie bey diesen allen zu einer anständigen und sitsamen Dreistigkeit. Zu einer Dreistigkeit, welche bey jedem, der vernünftig denkt, Beyfall erwecket.

Dieses sey ein kurzer Entwurf von den Beschäftigungen eines casuistischen Rechtscollegiums. Werden selbige mit möglichsten Fleiß zur Ausübung gebracht, so glaube ich nicht zu viel zu sagen, wenn ich behaupte, daß Rechtsbeflissene, welche, wie ich voraussetze, in den theoretischen Rechtswissenschaften und einer ächten Philosophie einen guten Grund geleget, durch dieses Collegium so geübt gemacht werden, daß sie dereinsten schon durch geprüfte Kräfte mit Ruhm und Ehre ihr Amt bekleiden, der Gerechtigkeit desto besser vorstehen und solchergestalt die Wohlfarth des Staats als nützliche Mitglieder heilsamlich befördern können.

Vermutlich sind schon vor den Zeiten des sich verewigten Kaysers Justinians die in dem vierten Jahre ihrer akademischen Laufbahne gestandene junge Rechtsbeflissene in dieser Beschäftigung geübet worden. Sie bekamen aus der griechischen Sprache den Namen lytae, von dem griechischen Zeitworte λύω, ich löse auf a). Weil sie es in der Kenntniß der Rechte schon so weit gebracht, daß sie nunmehro eine ihnen vorgelegte Rechtsfrage aufzulösen und zu beantworten geschickt gemacht werden konnten.

a) Siehe §. 5. *praef. Digest. de concept. digest.*

Zu bedauren ist es, daß man neuerer Zeiten diese Uebung nicht weiter fortzusetzen und zu größerer Vollkommenheit zu bringen gesucht hat. Es scheint, daß, Statt derselben, die examinatorischen Collegien eingeführet worden sind. Allein ob diese gleich zur genauern Einschärfung der theoretischen Sätze dienen, und in diesem Betrachte von einem nie zu verabsäumenden sehr großen Nutzen sind, so gehören doch zur Praxis der Rechtsgelahrheit ganz andere Anleitungen. Wohin ich denn vorzüglich das obbeschriebene casuistische Rechtscollegium aus einer durch Erfahrung bestätigten Ueberzeugung mit zu rechnen mich bewogen sehe. Geschrieben Jena in Februar des 1777sten Jahres.

Verzeichniß
der in diesen
öffentlichen Rechtssprüchen
enthaltenen Sachen.

Erster Abschnitt
von
dinglichen Rechten
insbesondere
A) Von dem Eigenthumsrechte.

I.

Von dem Eigenthum des Wassergestades. Seite 3 bis 9.

B) Von dem Dienstbarkeitsrechte.

II.

Von der Durchgangsgerechtigkeit. S. 9 - 15.

1) Der bey einem Gartenverkaufe dem Käufer von dem Verkäufer verwilligte Durchgang durch des letztern seinen Hof ist für eine dingliche Dienstbarkeit, und also mit des Käufers Tode nicht für erloschen zu achten, ob dieser gleich schon ausserdem einen eigenen freyen Zugang zu den Garten gehabt haben sollte.

2) Der Besitzer des Hofes kann sich in diesem Falle von solchem Durchgange mit einer Negatorienklage nicht befreyen.

3) Will er ja die Negatorienklage anstellen, so muß er den vorgeblichen Umstand, daß die Durchgangsgerechtigkeit mit des Käufers Tode erloschen sey, erweisen.

b 3 4) Wel-

C) Von Erbschaftsrechten.

2) Von

2) Von dem Eyde, welchen man jemanden darüber, daß der Testirer durch ungestümes Anhalten zur Errichtung seines Testaments gebracht worden, zuschieben will. S. 66 : 70.

XI.

Die Insinuation eines Testaments kann zwar vor einem Civil : nicht aber Criminalrichter, von einem Testirer, der ihm nicht unterwürfig ist, geschehen, jedoch darf ein solcher Richter das Testament nicht ausser seinen Gerichtsbezirke aufnehmen, wofern er solches nicht hergebracht hat. S. 70 : 74.

XII.

Ein über eine Erbschaft eingegangener Vergleich und darauf geleisteter endlicher Verzicht hindert den Verzichtleistenden nicht an den neuerlich davon vorgefundenen Sachen seinen Antheil zu suchen. S. 74 : 79.

XIII.

In wie ferne eine unadeliche Witbe ihren verstorbenen Ehemann nach sächsischen gemeinen Rechten beerbet. S. 79 : 87.

1) 2) Einer unadelichen Witbe gebühret, nach sächsischen gemeinen Rechten, wenn sie nicht nur ihr Eingebrachtes, sondern auch dasjenige, was sie während der Ehe, bey Lebzeiten ihres Mannes durch Erbschaft oder auf andere Art erworben, in ihres verstorbenen Mannes Verlassenschaft mit einwirft, bey vorhandenen drey oder wenigern Kindern, der vierte Theil; wie sie denn auch

3) zur Theilung des von ihrem verstorbenen Manne hinterlassenen freyen Erblehngutes gelassen werden muß; und ist

4) die Würderung des vorhandenen Inventarienviehes nach dessen wahren Werth in der Mase vorzunehmen, daß dabey zugleich, nach Beschaffenheit des Viehes, der Nutzen, den es in der Wirthschaft leistet, nicht unerwogen zu lassen; wie denn überdem

5) die Witbe, deren verstorbener Ehemann ein Pachter gewesen, alsdenn, wenn sie ihren Mann mit beerbet, den von den noch fortzusetzenden Pachtjahren zu hoffenden Gewinn nicht verliehret, ob sie gleich zu einer anderweiten Ehe schreiten sollte.

XIIII.

XIIII.

Von Familienfideicommissen. S. 87 = 105.

16) Nach

16) Nach der gemeinen Lehnsuccesßion behalten die Brüder, ob sie gleich das väterliche Lehn getheilet haben, an dem Theile, so durch die Theilung auf den andern gekommen, annoch ein Erbfolgsrecht.

17) Dem weiblichen Geschlechte ist bey Erbstammgütern auf den ledigen Anfall eine Erbfolge zuständig.

18) Von den Teutschen pflegen oftermalen die Theilungen, zum Besten des einen Stammes, mit Fleiß ungleich zu geschehen.

19) Bey Lehngütern ist der Erbe zu Lehnrecht auch nothwendig der Erbe zu Landrecht.

20) Die Entrichtung eines Brautschatzes ist eine subsidiarische Lehnschuld.

21) Von der Regel: pretium succedit in locum rei et res in locum pretii.

22) In das Geld, wofür ein Lehn an jemanden überlassen worden, succediren nicht die Lehn-, sondern Landerben.

XV.

1) Die Eltern, besonders die Mutter, sind zuweilen ihren Kindern deren in Verwaltung gehabten Güter, nach einem Inventario, oder, in Ermangelung dessen, einer eydlichen Specification, auszuhändigen schuldig.

2) Die Mutter kann ihren Kindern, von deren Gütern sie die Fruchtniessung hat, die Alimente nur in so ferne, als selbige die Fruchtniessung übersteigen, anrechnen. S. 105-108.

XVI.

Von der Beerbung eines Ehemannes und Vetters in Ansehung seiner ausserhalb Landes gelegenen Güter. S. 108-116.

1) Bey unbeweglichen Gütern wird die Erbfolge nach den Rechten des Ortes, unter dessen Gerichten sie gelegen, beurtheilet.

2) Die Meinung der Rechtslehrer von dieser Erbfolge, wenn der Verstorbene anderswo seinen Wohnsitz gehabt.

3) Wenn jemand ohne Testament verstorben, so wird vermuthet, daß er nach den Gesetzen des Ortes, wo er seinen Wohnsitz gehabt, sich beerbet wissen wollen.

4) Eines Verstorbenen sein Testament gilt auch ausserhalb Landes.

c 5) Der

5) Der Erbe hat sich nach den Gesetzen, wornach der Verstorbene gelebt und seine Erbschaft vererbfället wissen wollen, zu richten.

6) Eine Ehefrau wird durch die Ehe dem Gerichte ihres Mannes und dasigen Statuten unterwürfig, und erlangt daraus ihre Rechte und Verbindlichkeiten.

7) Eheleute können durch Ehepacten die Succession auch in Ansehung derjenigen Güter, welche anderwärts, als an dem Orte ihres Aufenthalts gelegen sind, mit vollkommener Würkung bestimmen.

8) Es ist ihnen auch ausserdem der Genuß der Rechte ihres Auffenthaltsortes nicht zu entziehen, wofern die Obrigkeit des andern Ortes, woselbst die Güter gelegen, in Ansehung der Succession in selbige vorhero nicht das Gegentheil verordnet hat.

9) Dadurch, daß an dem Orte, wo die Güter gelegen, eine von den Rechten des Ortes, wo der Verstorbene wohnhaft gewesen, abweichende Successionsordnung anzutreffen, ist die Erbfolge des letztern Ortes, wo der Verstorbene nämlich gewohnt hat, nicht für aufgehoben zu achten.

10) Das Erbschaftsrecht läßt keine Theilung zu.

11) Die Meinung derjenigen Rechtslehrer, daß auch in die unbeweglichen Güter, welche anderswo gelegen, als wo der Verstorbene gewohnet und ein Unterthan gewesen, nach den Rechten dieses seines Wohnsitzes zu succediren sey, ist gegründeter, als die Meinung derer jenigen, so Num. 2. angeführet worden.

12) In den herzoglich sächsischen Landen wird, nach der Meinung der mehresten sächsischen Rechtslehrer, die Succession der Eheleute, in Mangel der Ehepacten oder besonderer Gesetze des Ortes, nach dem römischen Rechte beurtheilet.

13) Wenn die Statuten eines Ortes, woselbst eine Witbe sich nicht aufhält, derselben einen gewissen Theil von ihres Mannes Vermögen zusprechen, so hat sie selbigen ganz frey ohne Einwerfung ihrer Güter.

14) Von der Succession einer Witbe nach chursächsischen Rechten.

15) Von der Sucession einer unadelichen Witbe nach der gemeinen sächsischen Gewohnheit.

16) wie das Arm seyn einer Witbe zu verstehen.

17) Von

17) Von der Nothwendigkeit der Einwerfung der Güter, wenn eine Witbe in sächsischen Landen die statutarische Portion erhalten will.

XVII.

Von der einer Witbe aus den Statuten des Ortes, woselbst ihr verstorbener Ehemann gewohnet, zustehenden Nießbrauch an dessen hinterlassenen Gütern, so ausser des Orts Weichbilde gelegen sind. S. 116-119.

XVIII.

Von dem Testamente eines Vaters in Ansehung seiner unehelichen Kinder. S. 119-126.

1) Ein Vater, welcher eheleibliche und natürliche Kinder hat, kann den letztern in seinem Testamente nicht mehr als den zwölften Theil seines Vermögens zuwenden.

2) Ehebrecherische Kinder können von ihren Eltern nicht zum Erben eingesetzet werden.

3) Ehebrecherische Kinder werden durch die nachfolgende Ehe ihrer beyderseitigen Eltern nicht legitimiret.

4) Wenn ein ehebrecherisches Kind mit eheleiblichen Kindern zum Erben eingesetzet worden, und sich als vermeintlicher Erbe der Erbschaft angemasset hat, so kann wider selbiges die querela nullitatis testamenti oder hereditatis petitio angestellet werden.

5) Wenn des Testirers natürliche Tochter mehr als den zwölften Theil von seinem Vermögen erhalten, so können seine eheleiblichen Kinder das Uebermaaß condictione ex l. 2. C. de natur. liber. von ihr herausfordern.

6) Einer natürlichen Tochter kann bey vorhandenen eheleiblichen Kindern nicht über den zwölften Theil des Vermögens geschenkt werden, und sie ist auch als eine Miterbin zur Collation verbunden.

7) Wenn ein Testament nach der Vorschrift des Ortes, wo es der Testirer gemacht hat, errichtet worden, so bestehet dasselbe auch in Ansehung der auswärts liegenden Güter, ob man daselbst schon nach einer andern Form zu testiren pfleget.

XVIIII.

Eine besondere rechtliche Anwendung des Satzes, daß unter dem teutschen Worte Kinder nicht, so wie unter dem lateinischen Worte *liberi*, auch

die Enkel, wenn es ihren Vortheil betrift, sondern nur die Abkömmlinge im ersten Grade zu verstehen sind. S. 126 = 129.

XX.

1) Ein Fräulein wird, ihrer Unkeuschheit und Mißheyrath ungeachtet, des aus väterlicher Disposition erlangten Votansvermächtnisses nicht verlustig.

2) Eine Tochter kann aus dem Lehn keine Ausstattung verlangen, wenn sie schon vor sich ihr Auskommen hat, wovon sie sich zu unterhalten vermag.

3) Ein Fräulein, welche eine unadeliche Mannsperson geheyrathet hat, ist nicht der adelichen, sondern höchstens nur der bürgerlichen Gerade fähig.

4) Schaafe, Gänse und Enten gehören zur adelichen Gerade, und dasjenige, was die Verstorbene aus keiner Eigenthumsursache besessen, wird gar nicht als Gerade auf andere vererbet. S. 129 = 136.

XXI.

1) Ein Eheweib kann, wenn sie die statutarische Portion verlanget, nicht zugleich auf die Gerade Anspruch machen.

2) Von der Vermuthung der Gerade eines Eheweibes. S. 136 = 139.

XXII.

1) Von einem schriftlichen Testament der Eltern unter Kindern, wenn sie weder lesen, noch schreiben können.

2) Von einer stillschweigend erlassenen Einwerfung der Güter. S. 139 = 152.

XXIII.

Von der Würkung einer von dem Vater in einem mit der codicillarischen Clausul versehenen Testamente seinem Sohn auf den Fall, da dieser in seinen unmündigen Jahren ohne eheliche Leibeserben mit Tode abgehen würde, geschehenen Substitution, nachdem der Sohn zwar seinen Vater überlebet, aber in einem Alter von siebenzehen Jahren und sieben Monaten verstorben ist. S. 152 = 158.

XXIIII.

Von der Beerbung eines Vaters und einer Mutter mit fünf Kindern, welche nebst noch zwoen Verwandten des Nachts durch den Rauch in einer

Stube zugleich erstickt sind, ohne daß man wissen können, wer von ihnen zuerst oder zulezt verstorben ist. S. 158 - 162.

XXV.

1) Eine Concubine gehört auch mit unter die befleckten oder verächtlichen Personen, sie kann aber dem ungeachtet in Testamente zum Erben eingesezt und des Testirers Geschwister Kinder darinne mit Stillschweigen übergangen werden, ohne daß leztere deshalb das Testament mit der querela inofficiosi testamenti anzufechten berechtiget sind.

2) Wenn mehrere mit einander ein reciprocirliches Testament errichtet, so hindert dieses jedoch nicht, daß nachhero einer von ihnen alleine den andern mit Vermächtnissen sollte beschweren können, woferne vorhero durch einen Vertrag nicht ein anderes verabredet worden.

3) und 4) Wer behauptet, daß zwey Personen, welche als Eheleute mit einander gelebet, keine Eheleute wären, sondern mit einander in einem Concubinate gestanden, der muß solches beweisen, ohne daß er durch die aus den Kirchenbüchern beyder Theile ihres Geburts- und Wohnungs-Ortes genommenen und beygebrachten Atteſtate, wodurch, daß sie an keinen derselben getrauet wären, bezeiget worden, den Beweiß auf seinen Gegner wälzen kann.

5) Die Legatarien können wider die Erben des Erben, welcher die Erbschaft angetreten gehabt, die actionem personalem ex testamento, ihrer Vermächtnisse halber, anstellen und damit die actionem hypothecariam alternativisch verbinden.

6) Wenn Jemand böslich verhindert, daß der Verstorbene gewisse Vermächtnisse nicht angeordnet, wie er doch zu thun ernstlich willens gewesen, so können diejenigen, welchen dadurch geschadet worden, wider ihn die actionem de dolo anstellen und dadurch von ihm alles Interesse ersezt verlangen.

7) Heutiges Tages braucht eine Weibesperson, woferne an einem Orte nicht ein anderes eingeführet worden, eben nicht unmittelbar von dem Landesherrn die Adoption, welche sie vornimt, bestätigen zu lassen, sondern es kann diese auch vor einer jeden Obrigkeit gültig vorgenommen werden. S. 162 - 175.

XXVI.

Von der Erbvertheilung der Eltern unter ihren Kindern, besonders daß selbige, wenn sie mittelst eines Vertrages geschehen, aus dem Grunde, daß

die Kinder noch unter väterlicher Gewalt gestanden, nicht widerrufen werden mag. S. 175 ⸗ 184.

XXVII.

1) Von einem gültigen väterlichen Testament, worinne die Kinder nicht zum Erben eingesetzet und selbigen ihr Pflichttheil nur von gewissen nach des Testirers Ableben übrig bleibenden Sachen angewiesen, ausserdem aber auch die Mutter mit eingemischet, und das Testament nicht selbst von dem Testirer bey den Gerichten niedergeleget worden ist.

2) Von einem auf die väterliche Nachlassenschaft bey Lebzeiten des Vaters ohne körperlichen Eyd von der Tochter geleisteten gültigen Verzichte. S. 184 ⸗ 189.

XXVIII.

1) Von einem ungültigen militarischen Testamente.

2) Von dem Orte, nach dessen Rechten ein ohne Testament verstorbener Soldat, in Ansehung seiner beweglichen Sachen, besonders seiner habenden so wohl hypothecarischen als blos handschriftlichen Schuldforderungen zu beerben.

3) Von der in den mitternächtlichen Ländern Statt findenden ungleichen Erbfolge, vermöge welcher die Mannspersonen zwey Theile, die Frauensperson aber nur einen oder den dritten Theil von der Erbschaft bekommen.

4) Von der Erbfolge der Teutschen nach der Regul: das nächste Blut nimt das Gut; besonders auch von dem, nach Dänischen Rechte, in der Succession der Seitenverwandten, sich über die Geschwister Kinder hinaus erstreckenden Eintrittsrechte.

5) Von den Gränzen der zwischen Manns und Frauenspersonen vorhingedachten in den mitternächtlichen Ländern vorkommenden ungleichen Erbfolge, wenn diese vermöge des Eintrittsrechtes geschiehet. S. 189 ⸗ 202.

XXVIIII.

Von einer fideicommissarischen Substitution. S. 202 ⸗ 211.

1) Bey einer fideicommissarischen Substitution, da der Fideicommittent jemanden, der nicht sein Descendent, sondern ein anderer Anverwandter und wohl gar sein Bruder, oder ein Fremder ist, zum Fideicommißerben ernannt, und diesem einen andern substituiret hat, gelanget der Substitut,

tur, nach dem Tode des Fideicommißerbens, zur Erbfolge, ob dieser gleich Kinder hinterlassen sollte.

2) Der Fideicommißerbe kann bey einer fideicommissarischen Substitution dem Substituten die wegen des Fideicommißgutes aus seinen Mitteln entrichteten Kosten, so weit selbige die Nutzungen des Gutes übersteigen, abkürzen.

3) Bey einer fideicommissarischen Substitution kann der fiduciarische Erbe den Trebellianischen vierten Theil dem Fideicommißerben abziehen, ob ihm gleich der Fideicommittent, die Erbschaft ganz oder völlig einem Andern abzutreten auferleget haben sollte, und ist der Fideicommißerbe, wenn der fiduciarische Erbe sich dieses Abzugs zu seinen, des Fideicommißerbens, Besten begeben haben sollte, solchen vierten Theil seinem Substituten abzuziehen berechtiget.

4) Dadurch daß der fiduciarische Erbe des Fideicommittentens Erbe ohne Errichtung eines Inventariums geworden ist, hat er seine an dem Fideicommittenten gehabte Schuldforderung nicht verlohren, sondern diese kann er dem ungeachtet von dem Fideicommißerben bezahlt verlangen, so wie auch im Gegentheil der Fideicommißerbe von dem fiduciarischen Erben die Bezahlung der Schuld zu fordern befugt, womit der fiduciarische Erbe dem Fideicommittenten verhaftet gewesen ist.

XXX.

Von der Zeit, zu welcher, den sächsischen Rechten nach, ein Erbe eine bereits angetretene Erbschaft annoch mittelst Edirung einer endlichen Specification repudiiren kann. S. 211-215.

XXXI.

1) Ein Kind ist deshalb, daß es nach des Ehemannes Absterben von seiner Ehefrau erst zu Anfange des eilften Monates gebohren wird, für unehelich nicht zu halten.

2) Ein Kind, so nach des Ehemannes Tode von seiner Ehefrau nach zehen Monaten und zwey Tagen zur Welt gebracht wird, ist für unehelich zu halten, wenn durch des Arztes Zeugniß oder auf andere Art erwiesen werden kann, daß der verstorbene Ehemann bey dem Anfange dieser Zeit zum Kinderzeugen unvermögend gewesen, oder wenn sonst zu erweisen stehet, daß seine Ehefrau Hurerey und Unzucht getrieben habe.

3) Von

XXXII.

Zwoter Abschnitt

von

persönlichen Rechten und Verbindlichkeiten

insbesondere

A) Von persönlichen Rechten und Verbindlichkeiten, so mittelbarer weise aus den Gesetzen entspringen.

XXXIII.

XXXIIII.

XXXV.

XXXVI.

XXXXII.

XXXXIII.

XXXXIIII.

XXXXV.

XXXXVI.

1) Ein Vergleich, welchen ein Bevollmächtigter Namens seines Constituentens vorsätzlich diesem zum Schaden geschlossen, bestehet nicht, ob er gleich zu Schliessung des Vergleichs eine unumschränkte Macht, der Vergleich möchte zum Gewinnst oder Verlust gereichen, erhalten haben sollte.

2) Wenn einige der Gemeinde ein ihnen zuständiges Feld, worauf der ganzen Gemeinde der Quasibesitz der Hüthung zustehet, veräussern, so muß dem ungeachtet der Erwerber dieses Feldes die Hüthung so lange dulden, bis er zeiget, daß die Gemeinde darauf kein Hüthungsrecht habe. S. 296 : 303.

XXXXVII.

Von der Unrechtmäßigkeit des sechsten Zinßthalers, besonders bey einem durch einen Wiederkauf und Pachtcontract bemäntelten Darlehn. S. 303 : 312.

XXXXVIII.

Ein Verkäufer hat auch in den herrzoglich sächsischen Landen, bey einem verkauften Pferde, dem Käufer wegen des Lungenrotzes die Gewähr zu leisten, ob er diesen Fehler gleich nicht gewußt haben sollte, wenn dieser Fehler nur schon zur Zeit des Contractes vorhanden gewesen, als welches vermuthet wird, wenn sich derselbe nach dem Contract binnen drey Tagen herverthut. S. 312 : 314.

XXXXVIIII.

1) Von einer zwar sehr scheinbar aber würklich nicht mit der Frau eines verstorbenen Handelsmannes, so keine Handelsfrau ist, stillschweigend errichteten Handlungsgesellschaft.

2) Das Absonderungsrecht (beneficium separationis) findet auch zuweilen bey Gläubigern von einerley Schuldner Statt.

3) Was unter den fremden Sachen, so bey entstehendem Concurse von des Schuldners eigenen Vermögen abgesondert und denenjenigen, welchen selbige zugehören, vor allen andern Gläubigern des Schuldners heraus gegeben werden müssen, für Sachen zu verstehen, und

4) Dahin nicht zu rechnen sind. S. 314 : 323.

LVIIII.

LVIII.

Von einem Mühlzwange in Ansehung des Müllers, denenjenigen, so sich seiner Mühle bedienen wollen, selbige gegen den gewöhnlichen Lohn zu verstatten. S. 386 - 393.

LX.

Die Erblosung kann auch nach einer gerichtlichen Auflassung von demjenigen, welchem selbige unbekannt geblieben, an den Grundstücken, die des Verkäufers Vater sich erworben gehabt, binnen einem Jahre gesucht werden, jedoch muß dieses nicht zum Besten eines Dritten geschehen, als welches der Retrahent endlich von sich abzulehnen hat. S. 393 - 397.

LXI.

Wenn jemanden ein Gut aus besonderer Liebe, weil er sich um den Veräusserenden verdient gemacht, überlassen worden, so kann dabey kein Näherrecht, weder zur Zeit der Veräusserung, noch nach des Veräusserers Tode ausgeübet werden. S. 397 - 399.

LXII.

1) Wenn der Erbzinßmann das Erbzinßgut an einen Fremden, wofür auch sein Schwager zu halten, verkauft hat, so stehet dem Erbzinßherrn, wofern keine besondere Umstände solches hindern, daran das Erbkaufsrecht zu.
2) Die Erben des Erbzinßmannes, welcher sein Erbzinßgut verkauft hat, können das Vorkaufsrecht des Erbzinßherrens durch eine mit dem Käufer unternehmende Aufhebung des Kaufcontractes nicht rückgängig machen.
3) Der Erbzinßherr braucht dem Käufer wegen des Auszuges, welchen sich der Erbzinßmann in einer Fruchtabgabe auf seine Lebenszeit bedungen gehabt, bey dem Retract des verkauften Erbzinßgutes, ohne Erweiß eines deshalb schon gehabten Aufwandes, nichts zu bezahlen. S. 399 - 405.

LXIII.

Wenn jemanden an einem Acker das Gespilderecht zustehet, und selbiger wird nebst andern Grundstücken verkauft, so kann er nicht auch diese Grundstücke retrahiren, ob er, selbige gleich auch mit bezahlen und die übrigen Kaufbedingungen erfüllen zu wollen, sich anerbiethet, sondern er kann nur an dem Acker den Vorkauf ausüben, so daß er dabey zwar die Obliegenheit, nicht aber das Befugniß, die übrigen Grundstücke mit zu erkaufen, hat. S. 405 - 407.

LXIIII.

1) Wenn ein halber Hof mit einem Erbfolgsvertrage, daß nämlich der Käufer dereinsten den Verkäufer beerben solle, verkauft worden, so kann dabey das Näherrecht oder Gespilde, von dem Besitzer des andern halben Hofes nicht ausgeübet werden.

2) Wenn in diesem Falle der Käufer dem sich gemeldeten Gespilder, ohne Einwilligung des Verkäufers, den halben Hof freywillig abtritt, so verliehret er dadurch die Vortheile des Erbfolgsvertrages.

3) Wenn ein Gut retrahiret wird, so kann das Lehngeld nicht gedoppelt, Theils von dem Käufer, Theils von dem Retrahenten, gefordert werden. S. 409 - 412.

LXV.

Die blosse nicht durch letzten Willen geschehene Erlassung der Schuld giebt dem Schuldner keine sichere Befreyung. S. 412 - 422.

Dritter Abschnitt
von
Lehnssachen

LXVI.

Was für Verträge bey Lehngütern ohne Einwilligung des Lehnherrens Lehnmannes, oder Mitbelehntens überhaupt gültig und ungültig sind. S. 425 - 427.

LXVII.

Rechtliches Gutachten über die Gültigkeit eines von den Mitbelehnten an den Lehnmann ohne lehnsherrliche Bestätigung ausgestellten Reverses, worinne dem Lehnmann über das sich neuerlich erworbene Lehn, gegen eine Summe von 600 Rthl., eine freye Disposition verwilliget worden. S. 427 - 441.

LXVIII.

Die ohne Einwilligung des Lehnherrens von dem Lehnmanne geschehene antichretische Verpfändung des Lehnes ist nicht ungültig, und giebet dem Pfandgläubiger auch wider denjenigen, welcher in selbige zwar nicht gewilliget,

get, jedoch von Zeit der ihm angefallenen Succession binnen dreyßig Jahren solche nicht angefochten hat, ein Recht, ihm das verpfändete Lehn nicht anders, als gegen Erstattung des Pfandschillings abzutreten. S. 441 : 452.

LXVIIII.

1) Der Vertrag, wodurch die Söhne bey der Theilung der väterlichen Lehngüter unter sich einig geworden, daß einem jeden von ihnen auch ohne ausdrückliche Einwilligung der Andern über seine ererbten väterlichen Lehngüter, sowohl unter den Lebendigen, als auf den Todesfall zu disponiren frey stehen sollte, ist ohne Einwilligung des Lehnherrns, zu Recht beständig.

2) Dieser Vertrag kann auch von dem Sohne des Verstorbenen einen Paciscentens nicht angefochten werden, zumal wenn derselbe

3) Von dem einen väterlichen Mitpaciscenten den auf den Fall der geschehenen freyen Disposition bestimmten Lehnstamm angenommen haben sollte. S. 452 : 458.

LXX.

1) Die Lehnsauflassung ist bey dem Lehnherrn vorzunehmen, obgleich die lehnbaare Sache nur ein Zubehör von einem solchen Grundstücke seyn sollte, welches von jenem Lehnherren nicht zu Lehn gehet.

2) Es ist die Sterbelehn zu entrichten, ob der Lehnmann gleich bey seinem Leben das Lehn verkauft haben, aber vor der Lehnsauflassung verstorben seyn sollte.

3) Wegen der Sterbelehn sind die Erben nicht in dem Gerichte, unter welchen sie ihren Auffenthalt haben, sondern vor den Erbgerichten, wohin das Lehn gehöret, zu belangen. S. 458 : 461.

LXXI.

1) Woselbst annoch heutiges Tages der Sachsenspiegel, besonders das Sächsische Lehnrecht, zur rechtlichen Entscheidung gebraucht werden kann.

2) Ehe: und Ausstattungsgelder, sie mögen vorhero versprochen oder nicht versprochen worden seyn, können nur erst alsdenn aus dem Lehn gefordert werden, wenn zu deren Abtrag entweder gar keine, oder nicht hinreichende Erbgüter vorhanden sind.

3) Die Lehnsfolger können zuweilen von den Landerben ein Inventarium des Erbver-

Erbvermögens nebst Ablegung einer Rechnung, wie auch allenfalls eine Caution verlangen.

4) Von der Verzinsung der Ehe- und Ausstattungsgelder, welche den Lehnsfolgern noch mit keiner Gewißheit abgefordert werden können. S. 461 - 473.

LXXII.

1) Wenn ein Vasall an die Stelle der durch das Alterthum baufällig gewordenen Lehngebäude, neue errichtet hat, so sind diejenigen, welche nach seinem Tode solche neue Gebäude mit dem Lehngute überkommen, selbige so weit, als ihnen dadurch ein Vortheil zuwächst, seinen Landerben, nach dem Longobardischen Lehnrechte, zu vergüthen schuldig.

2) Der Lehnsfolger braucht den Landerben des verstorbenen Lehnsbesitzers solche neue Gebäude nicht zu ersetzen, wenn dieser sie nicht selbst errichten lassen, sondern solches von dessen Vorfahren, in deren Allodialrecht er nicht getreten, geschehen ist.

3) Solche neue Gebäude erhalten die Lehnsqualität, ob der Lehnsfolger gleich nicht insbesondere damit beliehen worden ist.

4) Wenn die Rechte des Landes, worinne das Lehn gelegen, von den Rechten der Lehnskammer, wovon das Gut zu Lehn gehet, verschieden sind, so müssen bey vorfallenden Lehnsstreitigkeiten, wenn selbige in blossen Lehnsstreitigkeiten, wobey gar nichts, so von den Landeshoheitsrechten abhänget, vorkommt, bestehen, nicht die Rechte des Landes, worinne das Lehn gelegen, sondern die Rechte der Lehnkammer, wovon das Gut releviret, beobachtet werden. S. 473 - 479.

LXXIII.

1) Von der unverbothenen Theilung der Lehngüter, wenn unter den Lehnerben gleich ein Minderjähriger seyn sollte.

2) Bey der Vertheilung der Lehngüter hat der Vormund eines minderjährigen Vasallens nicht nur von der Obrigkeit, wo er sich mit selbigen aufhält, sondern auch von dem Lehnherren zur Vormundschaft sich bestätigen zu lassen.

3) Was bey der Vertheilung der Lehngüter, wenn der minderjährige Vasall dazu aufgefordert wird, für eine Vorsicht zu beobachten.

4) Ob, und wo bey einer Lehngütervertheilung die obrigkeitliche Bestätigung des Erbtheilungsrecesses zu suchen ist.

5) Was bey einem Lehngute zum Lehn oder Erbe, besonders nach chursächsischen Rechten, zu zählen; und in wie ferne dahin insonderheit die Gebäude, das Vieh- und Feldinventarium, auch Gail und Gahr, ingleichen die vorhandenen Früchte zu rechnen sind.

6) In wie ferne die Allodialerben auf das von dem verstorbenen Vasallen neu erkaufte Lehn einen Anspruch, nach chursächsischen Rechten, machen können.

7) Von dem Heergeräthe und der Gerade bey chursächsischen Lehngütern.

8) Von der Pflicht eines Vormundes bey Verfertigung eines Inventariums.

9) Was für öffentliche Auflagen bey einer Gütergemeinschaft sich mehrere Erben einander zu vergüthen haben.

10) Was für Cautelen bey einer Gütervertheilung zu beobachten, wenn unter den Vertheilenden sich zugleich ein Minderjähriger befindet. S. 479 - 495.

LXXIIII.

1) Der Satz, daß, wenn bey einem Mann- und Weiberlehn die Succeßion, nach Erlöschung des Mannsstammes, an die weibliche Linie kommt, die vorhandenen Mannspersonen die weiblichen von der Erbfolge ausschliessen, findet bey denen Gütern, welche, der Succeßion nach, als Erblehngüter verliehen worden, nicht Statt.

2) Giebt gleich die Mitbelehnschaft kein Wohnungs- und Insassenrecht, so kann doch ein Mitbelehnter, zumal in Sachsen, nicht völlig für einen Auswärtigen angesehen werden. S. 495 - 500.

LXXV.

Bey einem vom Vater erworbenen, und, nach dessen Ableben, auf seine in verschiedener Ehe erzeugten Söhne vererbten Lehne, welches diese in Gemeinschaft besitzen, schließt, nach des einen Sohnes Tode, dessen vollbürtiger Bruder den Halbbruder von der Lehnsfolge in des Verstorbenen hinterlassenen Lehnsantheil, weder nach den gemeinen noch sächsischen Lehnrechten aus. S. 500 - 502.

LXXVI.

1) Wenn ein Testirer ihrer mehrere zu seinen Erben einsetzet, und einem darunter den Nießbrauch von seinem sämtlichen Nachlaße auf seine Lebens-

 zeit

zeit vermacht, so braucht dieser Erbe dennoch die Leichen - und Begräbnißkosten des Testirers nicht alleine, sondern nur zum Theil zu tragen.

2) Wenn ein Vasall seinem zum Erben eingesetzten Enkel auf den Fall, da dieser ohne Hinterlassung männlicher Nachkommen verstorben, seine Enkelin und deren Leibeserben substituiret hat, so ist diese Substitution dahin auszulegen, daß diese Enkelin und deren Leibeserben, auf den ausgedrukten Fall alles dasjenige, was bey seinem Rittergute unter seiner, des Testirers, freyen Disposition gestanden, und worüber er folgbar ohne Einwilligung der Lehnsfolger und des Lehnherrens durch letzten Willen zu disponiren die Macht gehabt, erhalten sollten.

3) Von den Meublen und Auszierungen, welche auf dem Ritterguts-schlosse eines verstorbenen Vasallens in den Zimmern, so dessen nach ihm verstorbene Gemahlin bewohnet gehabt, sich befinden, gehören diejenigen, welche einem jeden Besitzer des Schlosses zum bequemen Gebrauch und zu Verschönerung des Schlosses dienen, zur Einrichtung in dem Schlosse, und sind unter den Worten: Tapeten, Stühle, Tische und dergleichen: dergestalt mit begriffen, daß sie den Erben der verstorbenen Gemahlin des Vasallens nicht verabfolget zu werden brauchen; hingegen alles übrige Meublement und Auszierung, so blos allein zu dem besondern Vergnügen der Gemahlin des verstorbenen Vasallens angeschaffet worden, sind dahin nicht zu rechnen.

4) In wie ferne in einem Schlosse die auf einem Postament, so an eingemaureten Hacken hanget, stehende pretiöse Wanduhr, sodann die kostbaren porcellainen Aufsätze und Statüen, unter die Mobiliarverlassenschaft zu rechnen, oder vielmehr zur Einrichtung des Schlosses gehörig sind. S. 502 - 510.

LXXVII.

Von der Strafe des Lehnmannes welcher die Lehnserneuerung binnen gesetzmäßiger Zeit zu suchen verabsäumet hat. S. 510 - 518.

LXXVIII.

1) Wenn ehe bey einem Lehngute die Inventarienstücke für Lehn zu halten.

2) Eine adeliche Witbe kann, nach chursächsischen Rechten, wenn sie ihres verstorbenen Gemahls Erbin wird, die ihr in der Eheberedung consentirten Stücke von dem Lehnerben nicht verlangen. Eine Erläuterung der constit. decis. XXXVII. part. III.

3) Was

Vierter Abschnitt
von
Civilprocesse

CVIII.

Fünfter Abschnitt
von
Verbrechen und deren öffentlichen Bestrafung

Sechster Abschnitt von Criminalprocesse.

gründet, viel weniger diese durch die Criminalverjährung aufgehoben werden mögen. S. 853-857.

CXXVIIII.

Wie ein Verbrecher, der zu antworten sich weigert, durch Zwangsmittel hierzu angehalten werden kann, besonders von der dieses Ungehorsams wegen statt findenden Martter. S. 857-869.

CXXX.

Von der wider eine verdächtige Kindermörderin erkannten Tortur. S. 869-878.

CXXXI.

Von peinlichen Unkosten. S. 878-915.

1) Nach den gemeinen beschriebenen Rechten ist die Obrigkeit, welcher die Obergerichte zuständig, bey dem Inquisitionsproceß in solchen Fällen, da der Inquisit mit Erstattung der Unkosten zu verschonen, oder aber dieselben aus Armuth und Unvermögen abzutragen nicht vermag, die Unkosten Amtshalber zu tragen schuldig, ohne daß die Unterthanenen selbige zu übernehmen verbunden sind.

2) Wenn, vermöge einer Gewohnheit, die Unterthanen die peinlichen Kosten zu tragen haben, so ist selbige sehr eingeschränkt auszulegen, und also weder von einen Fall auf den andern, noch von einer Person auf die andere, noch von einem Ort auf den andern zu erstrecken.

3) Die Unterthanen, welche schlechthin verbunden zu seyn zugestehen, dennoch aber, selbige in gewissen vorkommenden Fällen zu übernehmen, sich nicht schuldig erachten, müssen die Einschränkung darthun; da hingegen die Obrigkeit, welche sich auf eine ihnen von den Unterthanen abgeleugnete Gewohnheit, die Inquisitionsunkosten fordern zu können, gründet, den Satz, daß es in ihren Gerichten durch einen beständigen Gebrauch und über rechtsverwährte Zeit auch unverbrüchlich damit also gehalten worden, wie recht, zu erweisen hat.

4) Bey einem vorhandenen Zweifel sind die peinlichen Unkosten allein von dem Fall, wenn der Inquisit an Leib und Leben bestraft wird zu verstehen, und dahero auf den Fall, da die Rechtfertigung oder Execution der Strafe würk-

würklich nicht erfolget, keinesweges zu deuten, obschon der Inquisit zu einer gewissen Leibes = oder Lebensstrafe verurtheilet, ihm diese aus sonderbarer Gnade des Regenten erlassen worden wäre. Dahero wenn die Unterthanen von Erstattung der Centkosten in Fällen, da der Inquisit das Leben nicht verwürket hat, frey sind, so ist diese Freyheit auch auf den Fall wenn demselben das Leben geschenkt und er von höchster Landesherrschaft begnadiget wird, zu erstrecken.

5) Die Unterthanen des Gerichtszwanges, oder die Centunterthanen, sind, nach den gemeinen und sächsischen Rechten, zur Erbauung und Erhaltung des Galgens, der Gefängnisse, Torturgewölbe oder Marterkammern und der Gerichtsstuben die Kosten zu tragen, oder auch einen Kostenbeytrag zu leisten nicht verbunden, wenn sie gleich, vermöge besonderer Gewohnheit, die zur Execution der Uebelthäter nöthige Kosten herzugeben schuldig seyn sollten.

6) Den Beamten wird ihre Mühe, welche sie bey dem Inquisitionsproceß angewendet, durch die Besoldung, worinne sie stehen, vergüthet, und sind die Centunterthanen, vermöge besonderer Gewohnheit, gleich zu den eigentlich peinlichen Unkosten verbunden, so kann ihnen doch, ohne vorgängigen der Beamten rechtlichen Beweiß, die Abstattung der peinlichen Proceßkosten, oder Amts = Gerichtsgebühren nicht aufgebürdet werden.

7) Die Unterthanen, wenn sie auch, vermöge einer beständigen Gewohnheit zu den peinlichen Unkosten in Inquisitionsproceß verbunden, sind dennoch selbige in dem Fall, da in andern Gerichten von ihren Gerichtsherrn inquiriret wird, bey ermangelnder besondern Gewohnheit zu entrichten nicht schuldig; jedoch haben sie die Centfolge zu leisten; und sind die auf die Einziehung und Inhaftirung eines Uebelthäters aufgelaufenen Kosten zu bezahlen pflichtig, wenn die Uebelthat auf einen centbaren Grunde verübet und begangen worden ist.

CXXXII.

Gerichtsunterthanen, welche vermöge besonderer Gesetze, Verträge, oder rechtsverwährte Gewohnheit, die peinlichen Unkosten zu übernehmen verbunden sind, brauchen selbige nicht zu bezahlen, wenn der Missethäter begnadiget wird, oder das Verbrechen nicht unter den Gerichten, sondern auswärts begangen hat, oder, wenn er es auch unter den Gerichten begangen,

dasselbe jedoch nur mit einer bürgerlichen Strafe, als Landesverweisung, Gefängniß, oder Geldstrafe beleget, oder wenn das peinliche Urthel gemildert und von der vorhin erkannten Peinlichkeit abgegangen wird. S. 915 : 919.

CXXXIII.

Wenn bey einem Verbrechen ein Dritter an dem Aufwande der Untersuchungs und peinlichen Kosten, so der Missethäter selbst zu bezahlen nicht vermag, Schuld ist, so muß selbiger dafür haften, ohne daß solche Kosten demjenigen, der sonst dieselben zur Hülfe zu tragen schuldig ist, aufgebürdet werden mögen. S. 919 : 926.

CXXXIIII.

1) Der Erbe eines Ermordeten ist dem Richter, oder, Statt dessen, den Unterthanen, welche die Inquisitions- und peinlichen Rechtfertigungskosten ausgeleget, zu erstatten nicht gehalten, wofern ihm dieses nicht durch ein besonderes Landesgesetz, dergleichen in der fürstlich sächsischen Altenb. Landesordnung part. 2. cap. 4. tit. 6. anzutreffen ist, auferleget wird.

2) Was in diesem letzten Fall von den Unterthanen, der ausgelegten Inquisitions und peinlichen Rechtfertigungskosten halber für eine Klage anzustellen, und

3) Wie diese Klage einzurichten ist. S. 926 : 931.

CXXXV.

Von dem Begnadigungsrechte (iure adgratiandi) weltlicher Regenten bey den Verbrechen, worauf in heiliger Schrift eine Todesstrafe gesetzt worden, insbesondere bey dem Menschenmorde. S. 931 : 936.

Erster Abschnitt
von
dinglichen Rechten

Erster Abschnitt
von
dinglichen Rechten
insbesondere
A) von dem Eigenthums Rechte.

I.
Von dem Eigenthum des Wassergestades.

§. 1.

Die Wassergestade sind die Ufer, wodurch der Grund des an dem Flusse liegenden Landes gegen die Wasser und Fluthen feste und zusammen gehalten wird a).

 §. 2.

a) *l.* 1. §. 5. *l.* 3. §. 1. *D. de flumin.* Sächs. Landr. *lib.* 2. *art.* 56.

§. 2.

Es fragt sich: ob selbige dem Landesherren, oder der Gemeinde des Ortes, oder dem Anlieger, oder sonst jemanden zugehören? Um diese Frage zu beantworten, hat man zuförderst zu erwägen, wem die Ufer des Flusses zuständig sind. Ob nämlich die Ufer durch ein ausdrückliches Gesetz, Herkommen zu den Regalien des Landesherrens bereits sind gezogen worden, oder ob dieses noch nicht geschehen. Ist ienes, so gehören die Wassergestade, als ein Theil des den öffentlichen Fluß einschliessenden Ufers, dem Landesherren b).

§. 3.

Ist hingegen dieses, daß nämlich die Ufer noch nicht zu den Regalien des Landesherrens gezogen worden (§. 2.), so sind selbige entweder mit besondern Zeichen, Dämmen begränzt worden, oder nicht. In erstem Fall gehören die Wassergestade der Gemeinde des Ortes durch deren Flur der Fluß seinen Lauf hat. Denn da ist durch die Begränzung dem Anlieger nicht mehr, als was binnen den Gränzen gelegen, überlassen, das übrige aber dem gemeinen Wesen vorbehalten worden c).

§. 4.

In zweytem Fall hingegen, wenn die Ufer mit keinen besondern Zeichen, Dämmen begränzet worden (§. 3), so gehören die Wassergestade so wohl nach dem römischen d) als gemeinen sächsischen e), und chursächsischen Rechte f), als eine Anlage dem Anlieger, welcher nämlich zunächst an dem Gestade ein eigenthümliches Grundstück besitzet, woferne nicht ein Dritter, daß er die Wassergestade auf eine zu Recht beständige Weise, zum Exempel, durch eine Verjährung g), oder Vertrag sich erworben habe, darzuthun in Stande ist. Die Ursache, weshalb die Wassergestade, ausser dieser ebengedachten Ausnahme, mit Beyfall bewähr-

b) CARPZOV *in iurispr. for. part.* 3. *const.* 31. *def.* 13. *num.* 3.

c) *l.* 16. *D. de adquir. rer. dom.* STRYK *in vsu mod. Pand. lib.* 41. *tit.* 1. §. 18. IARGOW von *Regalien lib.* 2. *cap.* 2. §. 7.

d) §. 4. *I. de rer. diu.*

e) Sächsisches Landr. *lib.* 2. *art.* 56.

f) Schaumburg in der Einleit. zum Sächsischen Rechte, *part.* 3. *sect.* 1. *exerc.* 2. §. 14.

g) *arg. l.* 7. *D. de diuers. tempor. praescript.*

bewährter Rechtslehrer h), dem Angräntzer oder Anlieger in diesem Falle zuzusprechen ist, liegt theils in der Befestigung der Ufer, theils in der Gefahr, welche der Anlieger zu übernehmen und auszustehen hat. In der Befestigung der Ufer. Denn selbige hängt nicht von eines jeden freyen Willkür ab, sondern sie ist als eine Nothwendigkeit zu betrachten, damit der Fluß nicht durchbreche, die benachbarten Felder überschwemme und solchergestalt dem gantzen umliegenden Lande einen Schaden verursache i). Dahero ist derjenige, dem das anliegende Feld zugehöret, auch zur Befestigung des Ufers verbunden k). Ferner in der Gefahr des Anliegers. Denn er muß besorgen, daß er durch die Gewalt des Wassers von seinem Lande etwas verliehret. So wie ihm nun bey dessen Erfolg niemand seinen Verlust ersetzet, so erfordert es auch die Billigkeit, daß ihm die Anlage, welche ohnehin niemanden besonders eigen ist, zu dessen Vergüthung, und der Befestigung halber, als ein Zubehör seines Grundstückes überlassen werde.

Rechtsfall.

Die Meisterische Wiese $\frac{1}{6}$tel Acker			
des Voigts Wiese $\frac{1}{14}$tel Acker	des Netzens, sonst Färbers Wiese $\frac{1}{14}$tel Acker	des Netzens Wiese $\frac{1}{14}$tel Acker.	die Sorglerische Wiese $\frac{1}{24}$tel Acker.
des Voigts Gestade	des Netzens Gestade	des Netzens Gestade	das Sorglerische Gestade.
b		F	f
der Ilm Fluß			

Netz klagt wider die Witwe Meisterin, daß diese einige Pappeln und Weiden auf einen Wiesenflecklein in den Kirschbäumen unten an

A 3 dem

h) HOPP ad §. 21. *I. de rer. diuis.* ZIEGLER *de iur. maiest. lib. 2. cap.* 15. §. 14. WERNHER in *sel. obseru. for. tom. I. part. 4. obs.* 131. STRYK *in vsu mod. pand. lib. 1. tit.* 8. §. 15. FRITSCH *de iure fluuiatico, pag.* 247. *num.* 40. *et* 41. Cramer in Wetzlarischen Nebenstunden, Th. 9. Abhandl. 6. Seite 109. u. f.

i) STRYK in *vsu mod. pand. lib.* 43. *tit.* 15. §. 2.

k) *l. 2. C. sine censu.* MEVIUS *part. 4. decis.* 138.

dem Ufer des Ilm Flusses, so mit F f bezeichnet worden, köpfen lassen und sich zugeeignet hätte. Das Ufer und die auf selbigen befindlichen Bäume aber gehörten seine, weil er sowohl, als weiland sein Vater sich jederzeit in deren ruhigen Besitz befunden und die Bäume alle fünf Jahr ohne Widerspruch geköpfet hätte. Er bittet also den Richter, sie zur Restitution des entzogenen Holtzes, samt Erstattung der Unkosten, anzuhalten.

Die Imploratin gestehet zwar ein, daß sie die Bäume köpfen lassen, und sich das abgehauene Holz zugeeignet habe, allein sie leugnet, daß dem Imploranten das quästionirte Fleck F f zugehöre. Es stünde vielmehr ihr zu. Sie leugnet auch, daß Implorant und sein Vater sich jederzeit in ruhigen Besitz befunden und die Bäume alle fünf Jahr ohne Widerspruch geköpfet hätten.

Es wird dahero dem Imploranten die Bescheunigung der abgeleugneten Punkte, mit Vorbehalt der Imploratin Gegenbescheunigung, auferleget. Und, nachdem beyde geführet worden, ertheilet der Schöppenstuhl nach N ** in August 1763 folgendes

Urthel

Auf geschehene Imploration, darwider vorgeschützte Einreden, geführte Bescheunigung und Gegenbescheunigung, auch erfolgte Sätze JohannGeorg Netzens, Implorantens Producentens an einem, Actorn Vormunds Annen Margarethen, verwitbeter Meisterin, Imploratens, Productens und Reproducentens am andern Theil, so uns in den disfals ergangenen Acten, nebst einer Frage, zugeschickt und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, sprechen wir vor Recht:

Daß Implorant dasjenige, so ihm zu bescheunigen auferleget, und er sich angemasset, gebührend nicht beygebracht; derowegen Imploratin von der angestellten Imploration zu entbinden und loßzuzählen. Es ist auch Implorant die durch diesen Proceß verursachten Unkosten, nach vorgehender deren Liquidation und richterlicher Ermässigung, derselben zu erstatten schuldig. Von Rechts wegen.

Zwei-

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl die Ufer, wodurch der Grund des an einem Flusse liegenden Landes gegen die Wasser und Fluthen feste und zusammen gehalten wird, oder was man ein Wassergestade nennet l), wenn selbige weder mit besondern Zeichen oder Dämmen begränzet m), noch durch ein ausdrückliches Gesetz, oder rechtliches Herkommen zu den Regalien des Landesherrens gezogen worden n), sowohl nach dem römischen o), als gemeinen sächsischen und chursächsischen Rechte p), denenienigen, welche zunächst an dem Wasser Grundstücke haben, wegen der zu übernehmenden Befestigung des Ufers und der auszustehenden Gefahr, durch die Gewalt des Wassers von ihrem Lande etwas zu verliehren, als eine Anlage oder Anhang, samt den darauf gewachsenen Bäumen zugehören q); solches auch test. 1. et 2. ad art. demonstr. 13. 17. von dasigem Orte dergestalt bezeugen, daß, wenn das Gestade einem andern gehören sollte, solches durch besondere Vergleiche ausgemacht worden seyn müsse; dahero, daß die Imploratin, wie auch test. 2. ad art. demonstr. 26. dafürhält, an dem Wassergestade, woran Netzens, Voigts und der Sorglerin Wiese gelegen, wofern sie nicht durch einen besondern Vertrag zu den etlichen Bäumen auf dem Gestade gekommen, den sie aber nicht beygebracht, keinen Anspruch machen könne, es das Ansehen hat; vielmehr, daß dem Imploranten das Gestade, welches an seine Wiesen stößt, samt den darauf befindlichen Bäumen zugehören müsse, desto ungezweifelter zu seyn scheinet, da test. 1. et 2. dieses, daß Implorant, dessen Vater und Großvater, ingleichen Nikol Färber auf dem Gestade unter ihren Wiesen handthieret und geholzet, und besonders test. 2, daß sie selbiges als ein Zubehör von dem Wiesen-

l) *l. 1. §. 5. l. 3. §. 1. D. de flumin.* Sächs. Landrecht *lib. 2. art. 56.*

m) *l. 16. D. de adquir. rer. dom.* STRYK in *vsu mod. lib. 41. tit. 1. §. 18.* IARGOW von Regalien *lib. 2. cap. 2. §. 7.*

n) BAPT. AYMIVS *de alluuion. iur. lib. 1. cap. 10.* CARPZOV *part. 3. const. 31. def. 13. num. 3.*

o) *§. 4. I. de rer. diuis.*

p) Sächs. Landrecht *lib. 2. art. 56.* Rescript. CHRISTIANI II. *sub dato* Moritzburg den 30. August 1607. apud STRYK in *vsu mod. pand. lib. 41. tit. 1. §. 21.*

q) Schaumburgs Einleitung zum sächsischen Rechte, *part. 3. sect. 1. exerc. 2. §. 14.* HOPP ad *§. 21. I. de rer. diuis.* POMMERISCH in *tirocin. iur. ad §. 4. I. de rer. diuis.* ZIEGLER *de iur. maj. lib. 2. cap. 15. §. 14.* WERNHER in *sel. obs. for. tom. 1. part. 4. obs. 131.*

Wiesenflecklein besessen und gebraucht, und ad art. demonstr. 6, daß die Netzens Leute und Färber auf dem Wassergestade unter ihren Wiesen Holz gehauen, aussaget, auch test. 1. ad art. demonstr. 8, daß solches von der imploratischen Meisterin, deren Mann, oder durch ihre Leute vorgenommen worden, niemals gesehen haben will, solchemnach auch test. 2. ad interrog. 3. art. demonstr. 9, daß die Imploratin, weil sie auf einem Flecke hauen lassen, welches doch andern Leuten gehörte, unrecht gehandelt habe, behauptet; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dörfte:

Dennoch aber und dieweil Implorant, laut des über die Besichtigung der Meisterischen und Netzischen Wiesenflecke in den Kirschbäumen geführten Protocolls fol. 4 *b* Vol. act. I., daß ihm, nach der daselbst befindlichen Abzeichnung, von b bis f der Besitz des Gestades zustünde, und daß er die bey f stehenden zwey Pappeln, welche sein Großvater gesetzet, beständig genutzet und geköpft, und von welcher eben die Imploratin Meisterin das Holz, so er wieder verlange, abhauen lassen, zu behaupten suchet; kein Zeuge aber, wie weit des Implorantens Gestade gehe, wissen will, indem ad interrog. 1 art. demonstr. 13. der test. 1. davon gar schweiget, und test. 2. nur so viel, daß es auf einer Seite bis an seine Wiese gehe, aussaget, wie weit es sich aber auf der andern Seite erstreckte, welches doch fürnämlich, nach Implorantens eigenen vorhingedachten Vorgeben, der strittige Platz ist, nicht anzugeben weiß; eben dieser test. 1. auch ad interrog. 5. art. demonstr. 3, wie weit daß Netzens Leute geholzet oder gegraset, gar nichts, und test. 2. bey eben diesem Fragestücke nur dieses, daß Implorant Netz auf der Seite, wo er an ihn stosse, auf dem Gestade gegraset habe, angiebet, allein, ob solches auf der andern Seite auch geschehen, nicht weiß, vielweniger ad interrog. spec. art. demonstr. 18. test. 1. et 2, daß das Wassergestade, so Netz in Anspruch nehmen will, vor der Sorglerischen Wiese und gar nicht vor seiner, des Netzens, Wiese liege, bezeugen, noch ad interrog. 2. art. demonstr. 26 das strittige Fleck genau wissen; und ob schon, nach Inhalt des Besichtigungs Protocolls fol. 5. *b* Vol. act. I. die Straßburgerin erzählet, ihr Vater Sorgler verlange von dem Gestade nicht mehr, als von dem Buchstaben f bis an das Ende seiner Wiese, und gehörten die unter ihres Vaters Wiese bey dem Buchstaben f stehende Pappeln dem Imploranten Netzen, ob gleich dessen Wiese nicht so weit gienge, dennoch dieses nur eine unbeschworne

auf

auf Hörensagen gegründete Aussage ist, welche diese Straßburgerin selbst dadurch, daß sie ad interrog. 6. art. redemonstr. 7, ob selbige Netzen gehörten, nicht sagen kann, hin wiederum schwächet; hiernächst da die Erzählung der Straßburgerin von ihrem Vater fol. 5 b, als habe dieser gesaget, daß der verstorbene Gerichtsschöppe Meister etwas von dem Gestade unter Netzens Wiese besessen, nebst der Aussage des test. 2. ad interr. 6. art. demonstr. 3. ferner ad art. demonstr. 3. und ad interr. 1. art. demonstr. 12, daß Meisters etliche Bäume auf dem Gestade zwischen Netzens und Färbers Wiese gehört, und da ausserdem Implorantens Wiese sich nur von b bis groß F erstrecket, nach obigen Zweifelsgründen eine nicht geringe Vermuthung, daß das Gestade von F bis f nebst den darauf befindlichen Bäumen ihm nicht zugehöre, zuwege bringet; auch dieses, daß von seinem Großvater die bey f stehenden Pappeln gesetzt worden wären, Falls er solches auch, so doch Inhalts der Aussage des test. 1. et 2. ad art. demonstr. 9. nicht geschehen, dargethan hätte, nichts beweiset, wenn das Gestade, worauf sie stehen, einem andern zugehöret r); dahero Implorant zugleich durch diesen Proceß der Imploratin nur vergebliche Unkosten verursachet hat: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

B) Von dem Dienstbarkeitsrechte.

II.

Von der Durchgangsgerechtigkeit.

Rechtliches Gutachten

nach A** in Februar 1773.

1) Der bey einem Gartenverkauf dem Käufer von dem Verkäufer verwilligte Durchgang durch des letztern seinen Hof ist für eine dingliche Dienstbarkeit, und also mit des Käufers Tode nicht für erloschen zu achten, ob dieser gleich schon ausserdem einen eigenen freyen Zugang zu den Garten gehabt haben sollte.

2) Der Besitzer des Hofes kann sich in diesem Falle von solchem Durchgange mit einer Negatorienklage nicht befreyen.

3) Will

r) *l. 9. pr. D. de adquir. rer. Dom.. §. 32 I. de rer. divis.*

3) Will er ia die Negatorienklage anstellen, so muß er den vorgeblichen Umstand, daß die Durchgangsgerechtigkeit mit des Käufers Tode erloschen sey, erweisen.

4) Welches Beweises er auch nicht überhoben seyn kann, wenn er gleich solchen Umstand, dem deshalb ertheilten rechtskräftigen Bescheide zu wider, in der Negatorienklage weglassen zu können vermeinen sollte.

Als Uns nachstehende Geschichtserzälung nebst vier Fragen z.u.d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Hat Sempronius, im Jahr 1764, von dem an seinem Hause gelegenen Garten zwey Theile an Cajum verkauft. Hat Cajus, ob er gleich einen freyen Ein- und Ausgang zu selbigen hat, bey solchem Kauf dennoch den Durchgang durch Verkäufers Sempronii Hof mit den Worten, darbey aber Käufern, nämlich Cajo, der Durchgang durch Verkäufers Sempronii Hof verstattet wird: zu solchen seinen erkauften Garten sich bedungen. Hat darauf Sempronius, am 6ten November des 1770sten Jahres, sein annoch besitzendes Hauß, Hof und Eindrittel Garten von welchem er jene Zweydrittheile, wie gedacht, vorhero an Cajum käuflich überlassen, an Titium verkauft. Ist bey diesem letztern Kaufe der vorhergedachten durch des Verkäufers Sempronii Hof bedungenen Durchgangsgerechtigkeit mit folgenden Worten: wobey zu gedenken, daß bey diesem Hause, nach Caji Garten Kause von 6ten März 1764, die Servitut ist, daß ersagter Cajus den Durchgang durch den Hof des Hauses hat: ausdrücklich erwehnet worden. Hat auch Cajus vom Jahr 1764, als der Zeit seines mit Sempronio geschlossenen Kaufes, solchen Durchgang, ohne Jemandes Widerspruch, so oft er gewollt, bis an sein im Jahr 1772 erfolgtes Lebensende, geruhig ausgeübet. Hat nun aber, nach des Caji Tode, Titius, als dermaliger Besitzer des Hauses, den Erben des Caji solchen Durchgang über seinen Hof nicht mehr gestatten wollen, und zu dem Ende die durch seinen Hof nach des verstorbenen Caji Garten zu gehende Thür vernagelt. Haben darüber des Caji Erben wider Sempronium sich gerichtlich beschweret. Hat aber Titius ihnen in dem Vorbeschiede die Servitut geleugnet, und sich theils auf die natürliche Freyheit, theils darauf, daß der Durchgang mit des Caji Tode, als ein nur persönliches Recht erloschen sey, sich bezogen, und, allen Falls des Caji Erben zur Anstellung einer ordentlichen Confessorienklage anzuweisen, gebethen. Sind aber in einer von den Gerichten

gege-

gegebenen Weisung des Caji Erben bey dem Besitze dieses Durchganges geschützet, und ist dem Titio, sich hierunter aller Beeinträchtigung so lange, bis er durch die Negatorienklage ein anderes, und, daß diese Servitut mit des Caji Ableben erloschen sey, beygebracht, bey 20 Goldgülden Strafe zu enthalten, und die vernagelte Thür, bey gleichmäßiger Strafe, ohne Anstand zu eröfnen, mit Vertheilung in die Unkosten, aufgegeben worden. Hat nun auch Titius diese Weisung in seine Rechtskraft treten lassen, und wird nunmehro gefragt:

1) Ob der dem *Cajo* von *Sempronio* bey dem GartenKauf verstattete Durchgang als eine *seruitus realis* anzusehen sey, und also auch des *Caji* Erben sich dessen bedienen können? Oder, ob nicht sothaner Durchgang vielmehr für ein mit des *Caji* Tode erloschenes persönliches Dienstbarkeitsrecht zu halten?

2) Ob dahero *Titius* durch die ihm anzustellen auferlegte Negatorienklage sich von dieser vermeintlichen Servitut befreyen könne?

3) Ob *Titius* bey Anstellung der Negatorienklage, den in der Weisung gedachten Umstand, daß diese Servitut mit des *Caji* Ableben erloschen sey, zu erweisen, oder, ob nicht vielmehr des *Caji* Erben, daß selbige auf sie übergegangen, darzuthun verbunden sind? oder

4) Was sonst in den Rechten zu erkennen seyn möchte?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, bey dem Kauf, welchen Cajus und Sempronius mit einander geschlossen, dem erstern, ohne Erwähnung seiner Grundstücke und Erben, der Durchgang durch des letztern, nämlich des Verkäufers Sempronii, Hof verstattet worden; und also, daß Cajus blos für seine Person dadurch ein Recht zum Durchgange erlanget habe, es scheinen möchte, bevorab da eines Theils die Dienstbarkeiten eingeschränkt auszulegen, und andern Theils Cajus, ohne des Sempronii Grund und Boden betreten zu dürfen, schon einen freyen Ein- und Ausgang in seinem von Sempronio erkauften Garten gehabt, und dahero nur blos zu seiner Bequemlichkeit sich den Durchgang ausbedungen haben mag, auch dritten Theils in des Titii mit Sempronio geschlossenen Kaufe dieses Durchganges nur mit Beziehung auf des Caji Garten-Kauf Erwehnung geschehen ist; mithin, daß der dem Cajo von Sempronio bey dem Gartenkauf verstattete Durchgang nur für ein mit des Caji Tode er-

loschenes persönliches Dienstbarkeitsrecht zu halten sey, es das Ansehn gewinnen will:

D. a. u. d. Die Fußsteigsgerechtigkeit, dergleichen nun auch der Durchgang über eines andern Hof ist, in den Gesetzen ausdrücklich unter die dinglichen Dienstbarkeiten gerechnet wird s); und dieserhalb derjenige, welcher Jemanden dergleichen Gerechtigkeit, so dieser wegen seines Grundstückes nutzen kann, verwilliget, auf den Fall, wenn dieser solche nur für seine Person zu nutzen haben soll, sich selbiges ausdrücklich ausbedingen muß, massen man sonst bey entstehenden Zweifel eher dieses, daß die verwilligte Gerechtigkeit dinglich, als dieses, daß sie nur persönlich sey, vermuthet t); welche Vermuthung auch dadurch, daß die Gerechtigkeit, ohne Erwehnung des Grundstückes, nur dessen Herrn verstattet worden, nicht aufgehoben wird, gestalten solches doch darauf, daß er die Gerechtigkeit, um des Grundstückes willen, um desto bequemer dahin zu kommen, sich bedungen habe, seine Beziehung hat u); solchemnach auch die auf dem dienenden Grundstücke haftende Dienstbarkeit des Durchganges nach dessen Veräuserung in der Masse auf den Besitzer übergehet, daß dieser selbige von den Besitzern des die Durchgangsgerechtigkeit habenden Grundstückes zu leiden verbunden ist x); alles dieses nun auch auf dermaligen Fall sich vollkommen anwenden lässet, anerwogen Cajus nicht bloß für seine Person, sondern, des vom Sempronio erkauften Gartens wegen, sich den Durchgang durch Sempronii Hof bedungen hat, um hiedurch sich und seinen nachfolgenden Besitzern des Gartens eine desto grössere Bequemlichkeit zu verschaffen, damit er, ohne sich dazu des bereits vorhanden gewesenen ordentlichen Zuganges zu bedienen, zu dem Garten desto leichter kommen können y); wenigstens, daß dieses zu vermuthen sey, aus obigen Gründen sich ergiebet, weil sonst Sempronius, das Gegentheil, daß nemlich dieser Durchgang, nur lediglich der Person des Caji, so

s) *pr. I. de seruit. l. 1. pr. D. de seruit. praed. rustic.*

t) HAHN ad WESENBEG, *lib. VIII. tit. III. N. IV.*

u) MYNSINGER. *ad pr. I. de seruit. num.* 3. MANZIUS *de seruit. tit.* 3. *num.* 6. FRANC. SWESERUS in *theatro seruitutum, tit.* 8. §. 2. *pag.* 220.

x) *l.* 36. *D. de seruit. praed. rustic. l.* 12. *D. commun. praed.*

y) CAEPOLLA in *tract. de seruit. cap.* 1. *num.* 7.

so lange er lebte, verstattet seyn sollte, ausgedruckt und auch zu erkennen zu geben nöthig gehabt haben würde, da derjenige, so etwas von der Natur der Sache abweichendes begehret, sich selbiges deutlich auszubedingen verbunden ist z); diese Vermuthung auch dadurch eine noch mehrere Unterstützung erhält, daß, bey dem an Titium geschehenen Verkaufe des Hofes, Sempronius dieses Durchganges nicht als eines blos der Person des Caji verwilligten Rechtes, sondern ausdrücklich als einer Servitut gedacht, und hiedurch, daß dem Cajo, wegen des erkauften Gartens, der Durchgang verwilliget worden wäre, selbst anerkannt hat; sowohl auf solche Art auch in der rechtskräftigen Weisung dieser Durchgang, wie recht, ausgelegt worden ist: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß der dem *Cajo* vom *Sempronio* bey dem Gartenkauf verstattete Durchgang als eine *seruitus realis* anzusehen sey, und also auch des *Caji* Erben sich dessen mit Recht bedienen können.

Die zweyte Frage betreffend, obwohl sonst ein jedes Grundstück von aller Dienstbarkeit frey zu seyn vermuthet wird; und also, daß Titius durch die ihm anzustellen auferlegte Negatorienklage sich von dem in Frage gebrachten Durchgange befreyen könne, es scheinen möchte:

D. a. u. d. vermöge der Entscheidungsgründe der nächstvorhergehenden ersten Frage, des Titii Hof die Vermuthung der Freyheit von der Durchgangsgerechtigkeit nicht für sich hat, sondern vielmehr, daß selbiger damit beschweret sey, solchen ob ausgeführten Entscheidungsgründen nach, dafür zu halten ist: So sind wir der in den Rechten gegründeten Meinung, daß *Titius* durch die ihm anzustellen auferlegte Negatorienklage sich von dieser Servitut nicht befreyen könne.

Obwohl, in Ansehung der dritten Frage, sonst Rechtens ist, daß, wenn Jemand eine Negatorienklage anstellet, er um deswillen, weil er eines Theils dem Beklagten die Dienstbarkeit leugnet, und dieser vielmehr dieselbe zu haben vorgiebet, andern Theils er die Vermuthung der Freyheit für sich hat a), welche die Last des zu beweisenden Gegentheils auf den

z) *l. 99. pr. D. de verbor. oblig.* IVST. HENNING. BOEHMERI diss. *de interpretatione contra eum facienda, qui clarius loqui potuisset.* Hal. 1700. in EIVSD. *Exerc. ad pand. tom. II. pag.* 365.

a) *l. 9. C. de seruitut.*

den Beklagten bringet b), keinen Beweiß zu übernehmen nöthig hat c); mithin, daß Titius bey Anstellung der Negatorienklage, den in der Weisung gedachten Umstand, daß diese Servitut, nämlich die Durchgangsgerechtigkeit, mit des Caji Ableben erloschen sey, zu erweisen nicht nöthig habe, es scheinen dürfte:

D. a. u. d. Titius in dem mit des Caji Erben gehabten gerichtlichen Verhöre sich nicht blos auf die natürliche Freyheit, sondern auch zugleich darauf, daß der verstorbene Cajus zwar den Durchgang gehabt, selbiger aber mit dessen Tode, weil er nur seiner Person verwilliget worden, erloschen sey, sich bezogen hat; in solchem Fall aber, wenn Jemand bey einer abgeleugneten Dienstbarkeit sich zugleich auf etwas geschehenes beruft, derselbe dieses, weil es nicht vermuthet wird, allerdings beweisen muß d); überdieses auch dem Titio in der Weisung den Umstand, daß nämlich die Durchgangsgerechtigkeit mit des Caji Ableben erloschen sey, beyzubringen, rechtskräftig auferlegt worden ist: So sind wir des in den Gesetzen gegründeten Dafürhaltens, daß *Titius* bey Anstellung der Negatorienklage den in der Weisung gedachten Umstand, daß die Durchgangsgerechtigkeit mit des *Caji* Ableben erloschen sey, zu erweisen verbunden.

Obwohl endlich die vierte Frage betreffend, es scheinen möchte, daß, wenn Titius bey Anstellung der Negatorienklage in selbiger des zuvor angezogenen Umstandes, wie nämlich mehrgedachte Durchgangsgerechtigkeit mit des Titii Tode erloschen sey, nicht gedächte, sondern sich blos auf eine Verneinung dieser Servitut gründete, er dadurch den Beweiß dieser Gerechtigkeit auf des Caji Erben, als welche solche behaupten, wälzete, ohngeachtet diese in deren Besitz sich befinden e), sintemal die Vermuthung für die Freyheit stärker, als die Vermuthung, welche aus dem Besitz einer Gerechtigkeit entspringet; folglich, daß Titius davon annoch einen Vortheil habe, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u.

b) *l.* 25. *pr. verb. Sin vero D. de probat.*

c) COTHMANN. *Vol. IV. conf. I. num.* 21. STRYK in tract. *de action. investig. sect.* 2. *memb.* 4. §. 4. BOEHMER de *action. sect.* 2. *cap.* 2. §. 41.

d) CARPZOV. *part.* 2. *const.* 41. *def.* 18. STRUV. *in Iurispr. for. lib.* 2. *tit.* 6. §. 5. STRYK *de act. invest. sect.* 2. *memb.* 4. §. 4. WERNHER. *Part.* 4. *obs.* 184.

e) BACIAN. *de probat. lib.* 2. *cap.* 20. *num.* 8. RICHTER, *decis.* 98. *num.* 63. CARPZOV. *lib. I. resp.* 67. BOEHMER *de action. sect.* 2. *cap.* 2. §. 41.

D. a. u. d. dem Titio einmal der Beweiß sothanen Umstandes, daß nämlich mit des Caji Tode die Durchgangsgerechtigkeit erloschen sey, rechtskräftig auferlegt worden ist; solchemnach auch des Caji Erben hieraus das Recht, zu fordern, daß Titius solches Umstandes in seiner anzustellenden Negatorienklage gedenke und selbigen nachhero beweise, sich wohl erworben haben; sodann zum voraus zu sehen ist, daß, wenn Titius dieserhalb sich nur blos auf die in den Kaufcontracten mit Sempronio und Titio vorkommenden und in der Geschichtserzählung erwehnten Worte beziehet, er dadurch, vermöge der Entscheidungsgründe bey der ersten Frage, zu seiner Absicht nicht gelangen wird, sondern derselbe andere Umstände, woraus dieses, daß dem Cajo nur für seine Person, so lange er lebte, der Durchgang zu seiner größern Bequemlichkeit, lediglich verstattet worden, klärlich erhellet, erweislich beyzubringen hat: So achten wir dafür, daß, wenn *Titius*, solche Umstände erweislich darzuthun in Stande ist, er sich alsdenn wohl zu einem erwünschten Ausgange von seiner Negatorienklage Hofnung machen könne. V. R. W.

C) Von Erbschaftsrechten.

III.

Von der Beerbung der Lebendigen.

§. 1.

Sonst ist zwar die Regel, ein Lebendiger wird nicht beerbet f). Denn so lange Jemand lebet, so gehört sein Vermögen ihm zu, und ein Anderer kann sich dessen wider seinen Willen nicht anmassen. Eine Erbschaft bestehet nur in dem Nachlaße eines Verstorbenen. Allein es kann sich zutragen, daß ein Lebendiger einem Verstorbenen gleich zu schätzen, und daß ihm dahero sein nächster Anverwandter noch bey seinem Leben zu beerben befugt ist. Dergleichen Lebendige sind **die Verschollenen.** Darunter verstehet man solche Personen, deren Leben und Tod wegen ihrer Abwesenheit ungewiß ist. Sie heissen verschollen, weil man während ihrer Abwesenheit, aller angewandten Mühe ungeachtet, keinen Schall oder Nachricht mehr von ihnen zu erhalten vermocht hat. Und eben hiedurch wird die Ungewisheit ihres Lebens und Todes hervorgebracht, ohne daß es hierbey auf einen gewissen Ver-

f) *l. 1. D. de hered. vel act. vend.*

Verlauf der Jahre ankommit g). Denn es kann die Nachricht von eines Abwesenden seinem Leben und Tode schon vor siebenzig Jahren, auch erst nach siebenzig Jahren seines Alters abgehen. So wie es auch nicht ungewöhnlich ist, daß viele Menschen schon vor und auch erst nach siebenzig Jahren versterben.

§. 2.

Indessen ob nun zwar ein Abwesender wegen seiner blosen Abwesenheit sein zurückgelassenes Vermögen, wenn er auch, ohne auf sein Alter zu sehen, selbst siebenzig und mehr Jahre abwesend seyn sollte, nicht verliehret, sondern ihm vielmehr, zu seinem Besten, von der Obrigkeit ein Verweser bestellt werden muß h), welcher nicht nur für die Erhaltung, sondern auch für die Vermehrung seines Vermögens sorgen, und dahero auch dasjenige, was selbigem etwa durch Erbschaft, zum Exempel, von seiner Mutter zufält, unter seine Verwaltung zu nehmen hat i); so nimt doch endlich diese Verwaltung ein Ende, wenn der Abwesende so lange, daß man wahrscheinlicher Weise auf seine Wiederkunft keine Hofnung mehr machen kann, aussenbleibet. Denn es würde unbillig seyn, den Verweser oder Curator eines lange Abwesenden immer und ewig mit der Verwaltung seines Vermögens zu belästigen. Es muß selbige einmal ein Ende nehmen, und daß das Vermögen endlich wiederum einen gewissen Herrn bekommt, der auf den Fall, da sich der Abwesende niemalen dazu wieder einfindet, selbiges unwiederruflich behält.

§. 3.

Nun ist aber, wahrscheinlicher und ordentlicher Weise, auf eines Abwesenden seine Wiederkunft keine Hofnung mehr zu fassen, wenn er das gewöhnliche Alter des menschlichen Lebens überschritten, indem alsdenn, daß der Abwesende, gleich den andern mehresten Menschen, sein Lebensziel geendiget habe, und also gestorben sey, die wohlgegründete Vermuthung entstehet, bis derjenige, der etwa das Gegentheil behauptet, solches, wie recht, erweiset.

§. 4.

Der Erfahrung nach, ist das gewöhnlichste Ziel des menschlichen Alters das siebenzigste Jahr. Und spricht dahero der König David k): unser

g) ENGAV in *decis. par. II. decis.* 195. *num.* 1.

h) *l.* 33. §. 2. *D. de procur. l.* 22. §. 1. *D. de reb. auct. iud. poss. l.* 8. *l.* 6. *D. quib. ex caus. in poss. eat. l.* 15. *D. ex quib. caus. major.*

i) CARPZOV in *iurispr. for. par.* 3. *const.* 15. *def.* 57.

k) in 90sten Psalm und dessen 10den Vers.

unser Leben währet siebenzig Jahr, und wenn es hoch kommt, sind es achzig Jahr. Ja zu unsern Zeiten bringen die wenigsten Menschen ihr Leben zu einem so hohen Alter, sondern die mehresten versterben vor dem siebenzigsten Jahre. Welches denn auch die Ursache ist, weswegen in manchen Landesgesetzen l) der Obrigkeit, noch bey einem niedrigern Alter, als von siebenzig Jahren, den Abwesenden für tod zu erkennen, die Macht gegeben wird. Wo aber dergleichen besonderes Landesgesetz nicht vorhanden, so ist die Endschaft des siebenzigsten Jahres bey dem frühzeitigen Ableben der Menschen zu unsern Zeiten für das gewöhnliche höchste Ziel des menschlichen Lebens zu halten. Dahero denn auch, um desto sicherer zu gehen, die Obrigkeit nur alsdenn, wenn ein verschollener Abwesender daß siebenzigste Jahr seines Alters zurück geleget hat, ihn für tod zu erklären, berechtiget ist m).

§. 5.

Die ebengedachte Zeit von siebenzig Jahren, da ein Verschollener für tod erkläret werden kann, ist, wie leichte zu erachten, von einem solchen Menschen zu verstehen, von welchem wahrscheinlich nicht zu vermuthen, daß sein Tod durch besondere Umstände früher befördert worden ist. Denn sind dergleichen besondere Umstände, zum Exempel, daß sich der Abwesende in einer großen Lebensgefahr zu Wasser bey einem Schifbruche, oder zu Lande in einem Kriege befunden, so können diese veranlassen, daß die Obrigkeit den Abwesenden noch bey einem jüngern Alter für tod erklären kann n).

§. 6.

Geschiehet es nun, daß man einen Verschollenen für tod erkläret, so wird hiedurch die Verwaltung seines bisherigen Verwesers aufgehoben und der Satz, daß der Abwesende seit dem, da er verschollen, verstorben sey, nunmehro rechtlich für gewis angenommen. Denn daß ein Abwesender, von dessen Leben oder Tod man keine gewisse Nachricht

l) Als in dem Königlich Preußischen Edict von 27sten October 1763, und in dem Herzoglich Sachsen Altenburgischen Patent von 7den December 1767. Siehe auch LEYSER in *medit. ad Pand. spec.* 96. *med.* 8.

m) CARPZOV in *iurisprud. for. part.* 3. *const.* 15. *def.* 57. *num.* 11.

n) LEYSER in *medit. ad pand. spec.* 96. *med.* 5. und 6. FRID. BEHMER in *novo iure controv. tom. II. obs. XCVIII.*

richt beyzubringen vermocht, just nach dem Ende des siebenzigsten Jahres verstorben sey, das läst sich weder gewiß, noch wahrscheinlich behaupten. Dahero denn auch jene obrigkeitliche Todeserklärung füglich dahin nicht verstanden werden kann, sondern es steht vielmehr zu vermuthen, daß, weil die mehresten Menschen, wie obgedacht, noch vor dem siebenzigsten Jahre versterben, auch dem Abwesenden ein gleiches schon von der Zeit an, da er vermisset worden, wiederfahren sey. Denn sonst würde er doch seit der Zeit, wenigstens ein einziges mal nach den Seinigen und seinen Vermögens Umständen Nachfrage gehalten, und aus einer allen Menschen eingeprägten natürlichen Neigung an seinen Geburtsort gedacht und von seinen Anverwandten und Sachen, wie es um selbige stünde, entweder mündliche oder schriftliche Nachricht einzuziehen gesucht haben. Welches wegen der eingeführten Posten und vielfältigen Handelschaft und Gewerbe, so ein Ort entweder unmittelbar oder mittelbarer Weise mit dem andern hat, heutiges Tages ins Werk zu setzen, eben so schwer nicht ist, zumal bey Handwerksleuten, als bey welchen auch vieles durch die Wanderschäften der Gesellen ausgekundschaftet werden kann.

§. 7.

Bey solcher der Sache Beschaffenheit, da der Abwesende leichte von sich eine Nachricht geben, oder von den Seinigen einziehen können (§. 6.), ist dahero derselbe bey dessen Unterlassung, alsdenn, wenn dieserhalb keine besondere Landesgesetze vorhanden sind o), nicht wie einige gleichwol vermeinen wollen p), erst von der Zeit, da ihn die Obrigkeit für tod erkläret, sondern schon zurück von der Zeit an, da er verschollen, für tod zu achten. Wer also zu dieser Zeit sein nächster oder gleich naher Verwandter gewesen, der muß nun auch, nachdem die Obrigkeit den Abwesenden für tod erkläret hat, nach Erbgangsrecht entweder alleine oder zugleich mit dem vorhandenen gleich nahen Anverwandten sein Vermögen über-

o) Dergleichen das obangezogene Königlich Preußische Edict §. 19. ist. Wo es heißt: Wir wollen und setzen feste, daß der Abwesende von dem Tage der *declarationis pro mortuo*, und nicht von dem Anfang seiner Abwesenheit todt geachtet werden solle. BRID. BEHMER in *nouo iure controuerso, tom. II. obs. XCIX.* Seite 584.

p) Als LEYSER in *med. ad Pand. spec.* 96. med. 9. desgleichen HOMMEL in *rhapsodia quaestionum* cet. *obs.* 107. KOCH *de successione ab intestato ciuili*, §. 127.

überkommen q), dergestalt, daß, wenn er auch nicht mehr am Leben, seine Erben r) das nachgelassene Vermögen des für tod erklärten Abwesenden verlangen können. Es müssen aber diese eben gedachten Erben solche seyn, welchen der Verstorbene das Recht, den Abwesenden Statt seiner zu beerben, hinterlassen hat. Dieses ist aber alsdenn nur zu behaupten, wenn der Verstorbene entweder selbst, annoch bey seinen Leben, durch vorgehende Erklärung, den verschollenen Abwesenden beerben zu wollen, sich ein Erbrecht erworben, oder, daß er ohne diese seine Erklärung doch wenigstens durch die Erbschaftsvererbung (transmissio hereditatis) ein Erbrecht auf sie gebracht hat.

Rechtsfall.

Stammtafel.

Andreas König
- Marie Magdalene verehlichte Rumpfin
  - Marie Catharine verehlichte Ludewigin
    - Die verehligte Hanemannin
      - Drey Kinder
    - Stephani
    - Böttcherin
  - Johann Andreas Rumpf. Vormund des Verschollenen.
- Hanß Christoph König
  - Johann Gottfried König, der Verschollene.

Andreas König hat zwey Kinder, Nahmens Marie Magdalene, und Hanß Christoph König. Die Tochter Marie Magdalene verheyrathet sich

q) SCHILTER *exerc. ad Pand.* 15. §. 77. *lit. a.* LYNCKER in *anal. ad Pand. pag.* 106. ferner in responsis *par.* 1. *resp.* 5. und in *decisionibus*, *decis.* 1478. ENGAV in *elem. iur. germ. lib.* 1. *tit.* 28. §. 487. und RICCIUS in seinem *Spicilegio iuris german.* über diesen §. Nicht minder der eben gedachte ENGAV in seinen *decisionibus par.* 2. *decis.* 195. WERNHER in *sel. obs. for. tom. III. par.* 3. *obs.* 48. CHRISTI. FRID. IMM. SCHORCH in *medit. de cura bonorum absentis*, §. 23. Lipf. 1761. HELLFELD in *iurispr. for.* §. 561. IO. FRIED. PIEL diss. inaug. *de translatione bonorum absentis vel probata morte vel praesumta demum efficaci* Göttingae 1768. Wovon man einen kurzen Auszug in dem zweyten Alphabet des kritischen Wörterbuchs über juristische Sachen S. 89. antrift.

r) LYNCKER *decis.* 1478. und *Vol.* I. *resp.* 5.

sich an Hanß Philipp Rumpsen, und zeuget mit selbigem Marien Catharinen und Johann Andreas Rumpsen. Die Marie Catharine verehliget sich mit Ludewigen, und werden in dieser Ehe drey Töchter, die nachhero verehlichte Hanemannin, Stephani und Böttcherin, gebohren. Von welchen die älteste, die verehlichte Hanemannin, verstorben und drey Kinder hinterlassen. Der obgedachte Sohn des alten Andreas Königs, Nahmens Hanß Christoph König, verheyrathet sich, und wird ihm ein Sohn, Johann Gottfried König am 18den December 1693. gebohren. Welcher im Jahr 1717. als ein Handwercks Pursche in die Fremde gehet. Selbigen wird Johann Andreas Rumpf zum Vormund bestellet. Weil aber von dem Abwesenden Johann Gottfried König seit dem Jahr 1717. bis zum Jahr 1767. aller angewandten Mühe ungeachtet, weder von dessen Auffenthalte, noch davon, ob er noch lebet oder tod ist, Nachricht erlanget werden kann, so suchen sein bisheriger Vormund, Johann Andreas Rumpf, und dieses seine Schwester, die Marie Catharine Ludewigin, gebohrne Rumpfin, als die zur Zeit des verschollenen Königs gleich nahe Anverwandten, in einem Schreiben am 12ten August 1767. bey der Obrigkeit darum nach, den Abwesenden Johann Gottfried König mittelst einer edictal Citation in dreyer Herren Landen unter einem Präjudiz auf einen gewissen Tag vorzuladen, auf dessen Aussenbleiben aber denselben für tod zu erklären und ihnen als nächsten Erben sein Vermögen zuzusprechen. Darauf fügt es sich, daß noch vor Ausfertigung der Edictalcitation die Mitimplorantin Marie Catharine Ludewigin in eben dem Monate, nemlich am 21ten August 1767, verstirbet, und die obgedachte Kinder und Kindeskinder zu ihren Erben hinterläßt. Darauf kommt gedachter Vormund, Johann Andreas Rumpf, aufs neue in dem folgenden Monate October mit einem Schreiben ein und wiederhohlt seine Bitte wegen der edictal Citation und Todeserklärung, mit dem Zusatz, ihm und seiner Schwester Kindern des Abwesenden Vermögen als nächsten Anverwandten zu adjudiciren.

Es wird nun auch darauf die edictal Citation folgender massen

„Wir Burgermeister und Rath der Kayserlich freyen Reichsstadt „Nordhausen uhrkunden hierdurch und fügen jedermänniglich zu wissen: „Was massen uns der hiesige Bürger Mstr Johann Andreas Rumpf in „Schriften zu vernehmen gegeben, daß sein leiblicher Mutter-Bruders „Sohn, Nahmens Johann Gottfried König, bereits im Jahr 1717. von „hier als ein Handwerks Pursche in die Fremde gegangen, und von solcher

„Zeit

„Zeit an nicht die geringste Nachricht: ob er noch am Leben oder tod sey, „noch sonsten von dessen Auffenthalte etwas zu erlangen gewesen; immittelst, nach Ausweisung des beygebrachten Kirchenattestats dieser Abwesende nun das 73ste Jahr erlanget, und daher füglich für tod erkläret „werden, vor Erlassung der diesfals gewöhnlichen Edictalien aber solches „nicht eher geschehen könne, daher denn um Ertheilung derselben geziemend „nachgesuchet, darinne auch nicht zu entstehen gewesen. Es werden demnach in Gemäsheit dessen, sowohl gedachter Johann Gottfried König, „als auch dessen etwanige Erben edictaliter hiermit citiret, binnen hier und „den 30ten May nächstkünftig, als hierzu ausgesetzten termino praeclusiuo, allhier zu Rathhause zu erscheinen, und sich wegen der Verabfolgung sothanen Vermögens zu erklären, in aussenbleibenden Fall und „dessen Entstehung aber zu gewarten, daß der abwesende König für gestorben declariret und dessen Vermögen denen bekannten nächsten Blutsfreunden und Erben verabfolget werden solle. Zu Uhrkund dessen sind „diese Edictales unter Vordruckung des Stadtinsiegels auch gewöhnlicher Unterschrift wissentlich ausgefertiget worden. Decretum Nordhausen den 15den Januar 1768.

(L. S.) Burgermeistere und Rath der Kayserl. freyen Reichs-Stadt Nordhausen.

ausgefertiget, affigiret und refigiret.

In dem präclusivisch angesetzt gewesenen Termin bitten so wohl Johann Andreas Rumpf, als dessen verstorbenen Schwester, der Marien Catharinen Ludwigin, nachgelassene Erben, daß, weil weder der abwesende Johann Gottfried König erschienen, noch ein anderer näherer Erbe als sie von selbigen sich gemeldet, er nunmehro für tod erkläret und ihnen dessen Erbschaft mit Ausschliessung derer so sich nicht gemeldet und nicht auf eine so nahe Art zur Verwandschaft sich legitimiret, zugesprochen werden möchte.

Worauf denn auch der Stadtrath folgender massen erkennt:

Auf übergebene Imploration, darauf ergangene Edictales und zu den Acten verabhandelte Ungehorsams-Beschuldigungen in Sachen Johann Andreas Rumpfens und der jüngsthin verstorbenen Marien Catharinen Ludewigin, gebohrnen Rumpfin, nachgelassenen Erben, Imploranten eines, entgegen und wider den Abwesenden Johann Gottfried Königen

gen und dessen etwanige Leibeserben, Imploraten andern Theils, geben Bürgermeistere und Rath der Kayserlichen freyen Reichsstadt Nordhausen diesen

Bescheid

Daß, weilen der im Jahr 1717 von hier in die Fremde gegangene Implorat, Johann Gottfried König, auf die *sub dato* den 15den Januar 1768 nach Leipzig, Braunschweig, auch hiesigen Ortes ergangene und daselbst affigirte Edictalcitation in dem am 30ten May *c. a.* gestandenen *termino praeclusiuo* nicht erschienen, auch von desselben Leben oder Tod keine Nachricht eingegangen, derselbe nunmehro *pro mortuo* zu declariren, desgleichen dessen etwanige nachgelassene Leibeserben, von denen sich in vorgedachten *termino praeclusiuo* niemand gemeldet, auch von der Erbfolge zu seinem hiesigen Vermögen zu präcludiren; gestalten wir denn solchergestalt vorernanten Johann Gottfried Königen, wie es hiermit geschiehet, würcklich für tod erklären, dessen etwanige nachgelassene Leibeserben aber, zur Erbfolge seines Vermögens für verlustig erachten, derowegen wir denn desselben nachgelassenes Vermögen den Imploranten Johann Andreas Rumpfen und Marien Catharinen Ludewigin, gebohrnen Rumpfin, nachgelassenen Kindern und Erben hiermit zuerkennen.

Publicirt den 20ten Junii 1768 hora XI.

Johann Andreas Rumpf hält sich durch diesen Bescheid beschwert und wendet darwider die Leuterung ein. Seine Beschwerde ist, daß das nachgelassene Vermögen des für tod erklärten Johann Gottfried Königs auch den Leuteraten mit zuerkant werden wollen. Dieses hätte, weil er, Leuterant, dem verschollenen König näher, als die Leuteratischen Kinder und Enkel seiner verstorbenen Schwester Marien Catharinen Ludewigin, verwandt wäre, nicht geschehen, sondern ihm alleine, mit Ausschliesung der Leuteraten, weil bekannter Massen bey der gesetzlichen Erbfolge der Verwandten in der vierten Classe blos auf die Nähe des Grades, ohne daß ein Repräsentationsrecht dabey Statt findet, gesehen würde, das Vermögen des Verschollenen zugesprochen werden sollen.

Allein

Allein die Leuteraten antworten, daß ihre verstorbene Mutter und resp. Großmutter, nicht nur des Leuterantens Schwester, und also mit ihm eine gleich nahe Verwandtin von dem abwesenden König wäre, sondern auch noch zu der Zeit, da dieser bereits verschollen gewesen, gelebet und zugleich mit Leuteranten, dieser Erbschafts Sache wegen, um edictal Citation nachgesuchet, Leuterant auch selbst, nach ihren kurz darauf erfolgten Tode, ihm und ihren Kindern und Enkeln, jetzigen Leuteraten, des Abwesenden Vermögen zuzusprechen gebethen hätte. Die edictal Citation auch von mehr als einem sich angegebenen Blutsfreunde redete. Folgbar sie, Leuteraten, als offenbare Miterben nicht auszuschliessen wären, und dahero die eingewandte Leuterung für unzulässig zu achten sey.

Leuterant versetzt hierauf, daß bey der Beerbung eines Abwesenden auf die Zeit, da er für tod erkläret worden, gesehen werden müsse. Da nun zu dieser Zeit der Leuteraten Mutter und resp. Großmutter nicht mehr gelebet, so wäre er nunmehro alleine der nächste. Daß sein Sachwalter, Nahmens seiner, ihnen, den Leuteraten, das nachgelassene Vermögen des Abwesenden mit zuzusprechen gebethen, sey dahero ein Irthum wider die Rechte, welcher ihm nicht schaden dürfte, zumahl da Leuteraten solches nicht gleich angenommen, und er dasselbe durch die nachherige Ungehorsams Beschuldigung, wobey er, ihn, Leuteranten, für des Abwesenden alleinigen Erben zu erklären, gebethen, wiederrufen und erst nachhero seinem Sachwalter eine schriftliche Vollmacht ertheilet hätte. Ausserdem aber auch der Umstand, daß in der Edictalcitation mehrere Blutsfreunde gedacht würden, ihm nicht entgegen stünde, weil solches bey dergleichen Citationen nichts ungewöhnliches sey, sondern allemahl nachhero erst darauf, wer nach dem Erkentniße, worin der Abwesende für tod erkläret worden, der nächste wäre, fürnemlich ankäme.

Man beschließt, als diese Sätze zu den Acten gebracht worden, selbige zu verschicken und über die Zulässigkeit der Leuterung erkennen zulassen. Die Acten gelangen hieher, und es wird darüber in December 1768 folgendergestalt gesprochen.

Urthel

Auf eingewandte Leuterung, darwider vorgeschützte Einreden und fernere Schriften Joh. And. R**, Implorantens und Leuterantens

tens an einem, weyland Mar. Cath. L**, gebohrner R**, nachgelassenen Erben, Mar. Marg. verwitbeter B** und der in den Acten benannten Consorten, Imploraten und Leuteraten am andern Theil, s. u. i. d. d. e. u. a. b. A. i. 2. St. z. u. d. u. r. M. v. w. s. w. v. R.

Daß die eingewandte Leuterung für zulässig nicht zu achten. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Leuterant in den Gedanken stehet, daß ihm des Abwesenden Joh. Gottfr. K** Nachlaß alleine mit Ausschliessung der Leuteraten gebühre, weil der abwesende K** erst in dem fol. 38. act. sub D befindlichem Bescheide am 20ten Junius 1768. für tod erkläret worden wäre; folgbar nach dieser Zeit, indem, daß er vorhero noch gelebet habe, zu vermuthen stünde, und bey eines seinem Leben noch keine Erbschaft vorhanden wäre, dessen Beerbung zu bestimmen sey; zu der Zeit aber er, Leuterant, dem Abwesenden näher, als die Leuteraten, verwand gewesen und noch sey; folgbar bey dieser Erbfolge, da der Abwesende weder in absteigender, noch aufsteigender, noch Seiten Linie einen Erben hinterlassen, auf die Nähe des Grades, ohne daß dabey ein Repräsentationsrecht Statt finde, zu sehen seys); und also ihm, als des Abwesenden nächstem Verwandten, dessen nachgelassenes Vermögen vor den entferntern Leuteraten gebühre; mithin, daß die Leuterung wider den Bescheid fol. 38. act. sub D, worinn den Leuteraten zugleich mit dem Leuteranten des abwesenden K** nachgelassenes Vermögen zuerkannt worden, zuzulassen sey, es scheinen möchte:

D. a. u. d. der Leuteraten resp. Mutter und Großmutter, Mar. Cath. L**, gebohrne R**, als eine Schwester des Leuterantens, und also als eine gleich nahe Anverwandtin des abwesenden K**, ihrer verstorbenen beyderseitigen Mutter Bruders Sohnes, bereits bey ihrem Leben, iuxt. fol. 1. act. sub D, mit Leuteranten um edictal Citation, und, daß der abwesende K** für tod erkläret werden möchte, nachgesucht hat; zu dieser Zeit aber, weil, nach dem Kirchenattestate fol. 2. cor. act., der Abwesende schon das 70ste Jahr überschritten gehabt, und man seit seiner Abwesenheit vom Jahr 1717, weder von seinem Auffenthalte, noch weniger

s) *Nov.* 118. *cap.* 3. *et* 4.

ger aber davon, daß er noch lebe oder tod sey, die geringste Nachricht erhalten oder einziehen können, derselbe bereits verschollen gewesen; solchemnach sothane Mar. Cath. C**, bereits bey ihrem Leben den abwesenden K** mit Leuteranten zu gleichen Theilen zu beerben, ein Recht erlanget hat, gestalten das Recht einen verschollenen Abwesenden zu beerben, nicht erst von der Zeit, da er mittelst richterlichen Ausspruchs für tod erkläret wird, sondern schon von der Zeit, da er verschollen zu seyn angefangen, bewährter Rechtslehrer Meinung nach, entstehet t), angesehen die Verschollenheit voraus gehet und lediglich den Grund abgiebet, weshalb der Abwesende für tod erkläret werden mag, und dahero sothane Erklärung, weil der Umstand, daß der Abwesende just zur Zeit des ertheilten Erkänntnisses gestorben sey, sich mit keiner Gewisheit annehmen läßt, nur dieses, daß der Abwesende, seit dem er verschollen, für gestorben zu achten sey, in sich enthält; folgbar gedachte C**, nachdem sie, besage des Attestats fol. 59. cor. act. am 21ten August 1767 verstorben, ihr bereits erlangtes Recht auf die Leuteraten, welche Inhalts des fol. 58. cor. act. befindlichen Schematis, ihre resp. Kinder und Enkel ausmachen, vererbet hat; und also den Leuteraten, da sie nicht aus einem eigenen Rechte, sondern aus dem auf sie gebrachten Rechte ihrer resp. Mutter und Großmutter eine Erbfolge in des Abwesenden nachgelassenes Vermögen haben, unter diesen Umständen, zumahl da auch Leuterant, ihm und Leuteraten des Abwesenden Vermögen, als nächsten Anverwandten, zuzusprechen, schon vorhero, juxt. fol. 4 *b* cor. act., gebethen und hierin sein Sachwalter, vermöge obausgeführter Gründe, nicht aus einem Versehen wider die Rechte, sondern vielmehr demselben gemäs gehandelt gehabt hat, der Einwand, daß sie von dem Abwesenden entferntere Anverwandten als Leuterant sind, nicht entgegen stehet, und man ihnen dahero in dem Bescheide fol. 38. cor. act. mit gutem Grunde das nachgelassene Vermögen des verschollenen K** nebst Imploranten und jetzigen Leuteranten mit zuerkennt hat:

So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

IIII.

t) SCHILTER *exerc. ad Pand.* 15. *Vol. I. resp.* 5. *num.* 48. *seq.* WERNHER §. 77. *lit. a.* LYNCKER *decis.* 1478. *et in obs. sel. tom. III. par. III. obs.* 48.

IIII.

Von der Nichtbeerbung der Todten.

§. 1.

Ich habe in der nächst vorhergehenden Betrachtung ausgeführet, daß, wenn ein Abwesender verschollen und, nach zurückgelegten siebenzigsten Jahre seines Alters, von der Obrigkeit für tod erkläret worden, sein Vermögen alsdenn demjenigen überlassen werden müsse, welcher, zur Zeit da der Abwesende verschollen, sein nächster Verwandter gewesen. Es wurde dieser Satz darauf gegründet, weil, da der Abwesende von Zeit, als er verschollen, nicht wenigstens ein einziges mal, ehe und bevor er das siebenzigste Jahr zurückgeleget, den Seinigen von seinem Zustande Nachricht gegeben, eher zu vermuthen sey, daß er damals schon verstorben, als daß er noch gelebet habe. Weil nun aber dieses nur eine Vermuthung ist, und eine Vermuthung, wenn man die Gewisheit heraus bringet, dieser nachstehen muß, u) so folgt, daß, wenn man die Zeit, da der verschollene Abwesende würklich verstorben, darthun kann, alsdenn weder derjenige, so zur Zeit, da der Abwesende verschollen, noch derjenige, so zur Zeit, da er für tod erkläret worden, sondern nur derjenige, welcher zur Zeit, da der Abwesende würklich verstorben, sein nächster Anverwandter gewesen, für seinen rechtlichen Erben gehalten werden müsse x).

§. 2.

Nun kann sich es zutragen, daß ein Abwesender noch nicht siebenzig Jahr alt geworden und in der Fremde, jedoch ohne daß es seine Anverwandten wissen, würklich verstorben ist. So entsteht die Frage: ob seine Anverwandten, in diesem Fall, ihn schon vorhero, ehe sie von seinem Tode gewisse Nachricht erhalten, beerben, und also dessen zurückgelassenes Vermögen unter sich erb- und eigenthümlich mit Bestande Rechtens vertheilen können? Es möchte so scheinen, weil der Abwesende nicht nur verschollen, sondern auch schon würklich tod ist. Alleine es komt bey diesem Fall weder auf das verschollen, noch auf das würkliche tod seyn des Abwesenden, sondern auf die Nichtwissenschaft seines

u) *Praesumtio cedit veritati.* *defer.* und §. 6. *I. de legit. agnat.*
x) §. 7. *I. de heredit. quae ab intest. success.*

nes Todes an. Dieses wird sich gleich aus dem folgenden veroffenbaren.

§. 3.

Die Gesetze ordnen ausdrücklich, daß, wenn Jemand, der sonst zwar einen Dritten zu beerben ein Recht hätte, dafür hielte, daß dieser sein Erblasser noch lebe, so könnte er, wenn dieser auch gleich tod wäre, dessen Erbschaft weder antreten y), noch auch, wenn er zweifelte, ob selbiger lebte oder tod wäre, durch Entsagung der Erbschaft sich schaden z), sondern, sollte die Antretung oder Entsagung einer Erbschaft bestehen, so müsse er von dem Tode seines Erblassers Gewisheit haben a). Also bringt nicht Jemandes blos würklicher Tod, sondern die gewisse Nachricht davon, erst das Recht hervor, daß man sich als dessen Erbe angeben und sich dessen Güter anmassen könne b).

§. 4.

Aus diesem, so alleweile vorgetragen worden, entspringet nun von selbst die fernere rechtliche Verordnung, daß über desjenigen sein Vermögen, von dessen Leben oder tod seyn man noch keine Gewisheit hat, weder ein Vergleich eingegangen, noch von dem Richter erkannt werden kann c).

§. 5.

Alles dieses (§. 3. und 4) nunmehro auf die dermalige Frage (§. 2.) angewendet, giebt uns die Entscheidung, daß die Anverwandte einen Abwesenden, der verschollen, und, ehe er das siebenzigste Jahr seines Alters erreicht, würklich verstorben, so lange, als sie von seinem Tode keine gewisse Nachricht haben, nicht beerben und also auch dessen Vermögen unter sich nicht erb- und eigenthümlich vertheilen können. Denn da der Abwesende noch nicht das siebenzigste

 Jahr

y) *l. 32. pr. D. de adquir. vel omitt. hered.* Ibi: Heres institutus, si putet testatorem viuere, quamuis iam defunctus sit; adire hereditatem non potest. Es ist kein Grund vorhanden, warum dieses, was hier von einem eingesetzten Erben gesagt wird, nicht auch von einem jedem andern Erben, und also auch von dem gesetzlichen gelten sollte.

z) *l. 13. §. 1. D. de adquir. vel omitt. hered.* Ibi: Si quis dubitet, viuat testator, nec ne: repudiando nihil agit.

a) *l. 19. l. 23. D. de adquir. vel omitt. hered.*

b) *§. 7. I. de hered. quae ab int. defer.* und *§. 6. I. de legit. agnat. succ.*

c) *l. 4. C. de postlim. reuers.*

Jahr seines Alters, und also noch nicht das gewöhnliche Ziel des menschlichen Lebens zurückgeleget, so können ihn auch seine Verwandten, ob er gleich verschollen, daß sie bishero von ihm keine Nachricht gehabt, noch nicht für tod ausgeben, sondern sie müssen vielmehr, daß er noch lebendig sey, vermuthen, oder wenigstens sein Leben oder Tod so lange für ungewis halten, bis eins von beyden zur Gewisheit gelanget, oder der Abwesende nach siebenzig Jahren von der Obrigkeit, auf vorhergegangene edictal Citation, für tod erkläret werden kann.

§. 6.

Ob die Anverwandten nun gleich unter den angezogenen Umständen (§. 2.) des Abwesenden seine zurückgelassenen Güter noch nicht unter sich erb und eigenthümlich vertheilen können (§. 5.), so gar daß dergleichen Vertheilung, wenn sie auch mit Genehmigung der Obrigkeit geschiehet, nicht bestehet (§. 4.) d), so mögen sie doch, damit die Güter des Abwesenden, den sie zu beerben die nächste Hofnung haben, nicht in fremde Hände gerathen, selbige, mit Genehmigung der Obrigkeit, entweder in Gemeinschaft oder getheilt, gegen Caution, solche dereinsten nöthigen Falls wieder heraus zu geben, in Administration nehmen e).

§. 7.

Die eben gedachte Administration muß nun zwar, bey vorhandenen mehrern Verwandten von verschiedenen Grad, dem nächsten, wegen des in Hofnung stehenden nähern Erbfolgsrechtes, überlassen werden f), allein dieses hindert nicht, daß die nähern, weil es ihren Vortheil betrift, auch die entferntern Anverwandten zu dieser Administration mit zu lassen können. Geschiehet dieses nun, so begeben die nähern Anverwandten sich zwar hiedurch ihres Ausschliessungsrechtes in Ansehung dieser Güter Verwaltung, allein, so viel den Vorzug in der künftigen Erbfolge betrift, selbiger wird dadurch, weil alle Verzichte eingeschränkt auszulegen, nicht für entsagt gehalten. Gesetzt also, daß des Abwesenden Geschwister, dessen Geschwister Kinder, welche sonst nach Sachsen Recht mit jenen nicht zugleich

d) STRYK in *tract. de succession. ab int. diss.* 8. *cap.* 2. §. 17. 18. LAUTERBACH in *coll. pract. lib.* 5. *tit.* 3. §. 24.

e) CARPZOV *par.* 3. *const.* 15. *def.* 48.

f) CARPZOV *par.* 3. *const.* 15. *def.* 48.

zugleich zur Erbfolge gelangen g), zur Administration zuliessen, so verliehren jene Geschwister doch nicht hiedurch das Recht, die Geschwister Kinder bey künftiger Erbfolge auszuschliessen.

Rechtsfall.

Johann Georg Pf**, welcher am 1sten Februar 1722 zu C**, in Sachsen, gebohren und daselbst verschiedene Grundstücke besitzet, geht in die Fremde und begiebet sich als ein Matrose und Seefahrer in Holländische Dienste. Er hinterläßt sechs Geschwister, von welchen, während seiner Abwesenheit, die eine Schwester, Christina Sophia verehligte K**, mit Hinterlassung einiger Kinder, am 14den März 1753 verstierbet. Es geschiehet, wie in der Folge kund worden, daß der abwesende Pf** auch in eben dem Jahre, jedoch etliche Monate später, nämlich am 20ten September 1753 mit Tode abgehet. Seine fünf Geschwister und die gedachten Geschwister Kinder wissen aber nichts von diesem seinen Ableben, sondern bilden sich, im Jahr 1764, aus Mangel der Nachrichten, weil sie von ihm nichts erfahren und er gleichwohl noch nicht siebenzig Jahr alt ist, vielmehr ein, daß er noch lebendig sey. Sie entschliessen sich aber, seine in Sachsen zurückgelassenen Güther in gedachtem Jahre, nemlich am 8ten May 1764, unter sich gerichtlich zu vertheilen. Die Geschwister lassen den Vater, Georg Friedrich K**, der Geschwister Kinder zu dieser Vertheilung mit herbey rufen, und willigen darein, daß diesen Geschwister Kindern von den Gütern des Abwesenden, ein Sechstheil, so wie ihnen, den Geschwistern, ihr Theil in dem Steuerregister erb- und eigenthümlich von der Obrigkeit zugeschrieben und überlassen wird. Weil sie aber mit einander in den Gedanken stehen, daß der Abwesende noch leben und wiederkommen dürfte, so wird von ihnen insgesamt eine Caution, der allenfalsigen Wiederherausgabe wegen, bestellet. Als dieses geschehen und so wohl die Geschwister, als Geschwister Kinder jeder den ihm durch solche Vertheilung zugefallenen Theil etliche Jahre genutzet, ja so gar eins von den Geschwistern seinen Theil dem andern Geschwister verkauft, so gelanget untern 16den Februar 1768, aus Amsterdam von dem dasigen Repräsentant seiner Hoheit und weitern Bewindhebberen von der Ostindischen Compagnie ein Attestat ein, worinne die Nachricht, daß der

g) Sächs. Landr. *lib. I. art.* 13. *et* 17. CARPZOV *par.* 3. *const.* 28. *def.* 1. *et* 2.

der abwesende Johann Georg Pf ** von T** den 20ten September 1753 ohne Testament und ohne Nachlassenschaft oder Güter in Bengalischen Hospital gestorben sey, bewahrheitet wird. Es trägt sich auch zu, daß aus Holland 54 Stück Louisd'or, so dem verstorbenen Abwesenden zugehöret, nachgeschickt werden. Welche die Geschwister, ohne den Geschwister Kindern davon etwas abzugeben, unter sich alleine verheilen. Ja, die Geschwister fordern auch nunmehro von den Geschwister Kindern den ein Sechstheil, welchen sie bey der oberwehnten Vertheilung der Güter des Abwesenden, gegen Caution der Wiederherausgabe, erhalten gehabt, samt den davon bishero erhobenen Nutzungen zurück.

Die Geschwister Kinder wollen sich aber dazu in Güte nicht verstehen, sondern verlangen vielmehr, daß ihnen ihre Gegner auch von den nachgeschickten 54 Stücken Louisd'or ihren ein Sechstheil abtreten sollten.

Es kommt deshalb zur Klage, welche die Geschwister wider die Geschwister Kinder anstellen, und worinne sie von diesen, wie gedacht, den ein Sechstheil, welchen selbige bey der mehrerwehnten Vertheilung bekommen, wieder herausfordern. Sie begründen ihre Klage damit, weil zur Zeit der Vertheilung sie sich mit einander eingebildet, daß ihr Abwesender resp. Bruder und Vetter noch lebendig gewesen, und also die geschehene Vertheilung nicht für eine Erbschaftsvertheilung, sondern nur für eine gegen Caution unternommene Vertheilung zur Administration eines verschollenen abwesenden Verwandten seiner zurückgelassenen Güter angesehen werden müßte. Folgbar nunmehro, da des Abwesenden Tod gewis, und sie, Klägere, nach SachsenRecht, dessen einzige nächsten Erben wären, ihnen auch alleine der sechste Theil gebührte, welchen Beklagte bey jener Vertheilung überkommen hätten.

Beklagte wenden darwider ein, daß sie den ein Sechstheil mit Klägerer Zufriedenheit, nicht zur blossen Administration, sondern erb- und eigenthümlich zugeschrieben erhalten hätten. Hiernächst müßten ihnen auch Klägere von den 54 Stücken Louisd'or einen Sechstheil herausgeben, weil der Abwesende mit diesen mobiliar Nachlaß in Holländischen Diensten verstorben, in Holland aber die Erbfolge nach dem gemeinen römischen Rechte geschehe, vermöge dessen die Geschwister Kinder mit den Geschwistern den Verstorbenen zugleich beerbeten.

Nach-

Nachdem endlich die Einlassung auf die Klage erfolgt, auf Beweiß und Gegenbeweiß erkannt, selbige angetreten und geführet, auch die Disputirgesätze zu den Acten gebracht, und diese zum Spruch Rechtens hieher geschickt worden, so wurde in December 1770, nach C**, folgendes Endurtheil in dieser Sache gegeben.

Urthel

Auf erhobene Klage, erfolgte Antwort, geführten Beweiß und Gegenbeweiß, auch fernere Sätze des Raths Cämmerers, Johann Andreas Pf** und Consorten, Klägerer an einen, Georg Friedrich K** Kinder erster Ehe, Christianen Elisabethen, und Consorten, Beklagter am andern Theil, s. u. i. d. d. e. A. n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. s. w. v. R.

Daß Klägere dasjenige, so ihnen zu erweisen auferlegt und sie sich angemaßet, wie recht; erwiesen; derowegen Beklagte den libellirten von des verstorbenen Johann Georg Pfefferkorns Vermögen, gegen Caution wegen allenfalsiger Wiederherausgabe, erhaltenen ein Sechstheil, mittelst eines *inuentarii* oder einer eydlichen Specification, sammt den eingehobenen Nutzungen, an Klägern abzutreten schuldig; und hat deren auf die aus Holland eingeschickten 54 Stück *Louisd'or* gerichtetes Suchen nicht Statt; jedoch werden die Unkosten dieses Processes, aus bewegenden Ursachen, hiermit gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl I) den libellirten ein Sechstheil betreffend, Klägere, daß sie vor fünf Jahren, nemlich im Jahr 1764, bey dem Stadtrath, zu Creuzburg, selbst um die Vertheilung des abwesenden Johann Georg Pfefferkorns Vermögen nachgesuchet, eingeräumet haben h); und die Vertheilung, nachdem Klägere der Beklagten Vater durch dessen Sohn zur Theilung rufen lassen i), auf obrigkeitliches Erkänntniß, mittelst eines über sothanes Vermögen errichteten inuentarii, unter die Kläger und die

h) vid. *art. reprob.* 2. *et fol. act.* 150. *b.*

i) vid. *art. reprob.* 7. *et fol. act.* 150. *b.*

die Beklagten in der Masse, am 8. May 1764 gerichtlich geschehen k), daß Beklagten ihr Antheil nicht in bloße Verwaltung, sondern, gleich Klägerern, in den Steuer- und Erbzinß Catastris erb und eigenthümlich zugeschrieben worden ist l); solchemnach, daß Klägere, weil sie damals aus freyen Willen den Beklagten ihren Erbantheil mit überlassen, nunmehro dieses ihr eigenes Unternehmen nicht anfechten könnten, um so mehr dafür gehalten werden möchte, da Klägere, zur Zeit der geschehenen Theilung, nicht anders geglaubt, als daß der Abwesende, welcher am ersten Februar 1722 gebohren m), und also zur Zeit der Theilung, nemlich im Jahr 1764, noch lange nicht das siebenzigste Jahr seines Alters erreichet, annoch lebendig gewesen n), und Beklagte, ungeachtet deren Mutter o) bereits am 14den März 1753 verstorben, mithin Klägere, als des Abwesenden Geschwistere, die Beklagten, als dessen Geschwister Kinder, weil diese einen Grad entfernter, von der Theilung, Sächsischen Rechten nach, ausschlüssen können, selbige aber dennoch, wie gedacht freywillig zugelassen, sich wissentlich ihres Ausschliessungsrechtes begeben, und sie dahero nunmehro zu selbigen, durch Zurückfoderung des einen Sechstheils, wiederum ihren Regreß zu nehmen, um so weniger befugt seyn möchten, da nicht blos von Beklagten, sondern auch von Klägern, und also von ihnen insgesammt, nicht zum Vortheil der Interessenten unter sich, sondern zum Besten des Abwesenden, weil sie geglaubt, daß er noch lebe und wieder kommen dürfte, die Caution wegen der Wiederherausgabe seiner Güter bestellt worden ist p);

Sodann II) die 54 Stück *Louisd'or* belangend, welche nach des Abwesenden Tode aus Holland geschickt worden, und Klägere q), unter sich alleine vertheilet haben, Beklagten davon ebenfalls ein Sechstheil gebühren dörfte, massen sie, bis auf Mitbeklagten Heinrich Gottlieb Köhlern, welcher, weil er in der Frembde gewesen von dieser Sache nichts wissen können, durch den über den art. reprob. 28. ihn referirten Eyd diesen Umstand, daß der Abwesende Johann George Pfefferkorn als ein Matrose und Seefahrer viele Jahre in Holländischen Diensten gestanden und auch in

k) vid. *art. reprob.* 9. *et fol. act.* 1. *et* 151.

l) *per docum. sub num.* L *et* II. *fol. act.* 115 *et* 116.

m) *juxta doc. sub. D. fol.* 63. *b.*

n) *per art. prob.* 9.

o) *juxt. doc. sub C. fol. act.* 63.

p) *juxt. doc. sub III. fol.* 117. *b et art. reprob.* 18. *juxt. fol. act.* 151.

q) *juxt. fol.* 118.

in selbigen gestorben sey r), eydlich erhärtet haben; folgbar, weil er solchergestalt in Holland seinen Wohnsitz gehabt zu haben scheinet, und bey der Erbfolge in den mobiliar Nachlaß, dergleichen zuvor gedachte 54 Stück Louisd'or sind, auf die Rechte des Ortes, wo einer seinen Wohnsitz gehabt, gesehen werden muß, in Holland aber auch das gemeine römische Recht, nach welchem des verstorbenen Geschwister Kinder, vermöge des Repräsentationsrechtes, mit dessen Geschwistern zugleich succediren, bekannter massen geltend ist, Beklagten der ein Sechstheil, wie sie verlangen, ebenfalls von diesen 54 Stück Louisd'or zu verabfolgen seyn möchte; mithin, daß allenthalben anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dörfte:

Dennoch aber und dieweil

ad I) Beklagte selbst eingestehen müssen, daß zur Zeit der im Jahr 1764 geschehenen Vertheilung der Güter des abwesenden Johann Georg Pfefferkorns, dieser von ihnen mit den Klägern annoch für lebendig gehalten worden; sie auch, rechtlicher Art nach, ihn, weil er von Zeit seiner Geburt, nämlich vom 1ten Februar 1722, noch nicht das siebenzigste Jahr seines Lebens überschritten, noch nicht für tod halten können; folgbar auch damals, nämlich im Jahr 1764, noch keine erb- und eigenthümliche Vertheilung seiner Güther von Klägern und Beklagten auf rechtsverbindliche Art geschehen mögen s), anerwogen Klägere und Beklagte, weil der Abwesende damals noch für lebendig zu achten war, und also diesem annoch das Eigenthum an den Gütern zustande, sie sich dasselbe einander daran nicht überlassen können, t) in mehrerm Betracht, daß dergleichen, jedoch auch ohne Nachtheil des Abwesenden, nicht eher, als wenn der Abwesende verschollen, und das siebenzigste Jahr seines Lebens Alters überschritten, und ihn die Obrigkeit alsdenn auf gehörige Art zuvor für tod erkläret hat, unternommen werden mag u), massen sonst vorhero, so lange des Abwesenden Leben noch ungewiß ist, die Gesetze, über dessen Vermögen zu transigiren, ausdrücklich verbiethen

r) *juxt. fol. act.* 187 und 192.

s) *l. vlt. C. de pactis.* STRYCK in *tract. de succ. ab intest. diss.* 8. *cap.* 2. §. 17.

t) conf. STRYCK in *tract. de succ. ab intest. diss.* 3. *cap.* 1. §. 3.

u) CARPZOV. *part.* 3. *const.* 15. *def.* 57. *num.* II. LEYSER. *spec.* 96. *med.* 5. *et* 6.

then x); solchemnach die von Klägern und Beklagten im Jahr 1764 geschehene Vertheilung des Abwesenden seiner Güter nicht anders, als daß sie diese Güter auf getheilte Art in Administration genommen, und, zur Sicherheit des Abwesenden, die Caution, wegen allenfalls nöthiger Wiederherausgabe, bestellt, zu Recht bestehen mögen; und also auch auf keine andere Art für geschehen zu achten ist, daß, wenn daher Klägere die Beklagten als Anverwandten zu dieser Administration gleich mit gelassen, hierdurch jedoch ihr künftiges näheres Erbfolgsrecht nicht aufgehoben worden ist, gestalten dieses Recht so gar auch demjenigen, welcher niemalen eine Administration gehabt hat, durch die einem andern überlassene Verwaltung der Güter des Abwesenden, nicht entzogen werden kann y); dieses Erbfolgsrecht aber erst alsdenn, wenn der Abwesende entweder würcklich tod, oder auserdem doch wenigstens, nach seinem siebenzigsten Jahre, von der Obrigkeit für tod erkläret worden ist, entstehet, und weil dermalen nicht der lezte, sondern der erste Fall sich ereignet hat, indem man z) im Jahr 1768, die Nachricht, daß der abwesende Joh. Georg Pfefferkorn am 20ten September 1753 ohne Testament verstorben sey, erhalten hat, auch derjenige für seinen rechtlichen Erben, welcher am 20ten September 1753 sein nächster Anverwandter gewesen, allein gehalten werden muß a); dieses nun aber zu der Zeit Klägere gewesen sind, indem der Beklagten Mutter, als die Schwester des Abwesenden, bereits vor diesem, nämlich am 14ten März 1753 verstorben, und, sächsischen Rechten nach, welchem unbestrittener Massen zu Creutzburg als einem in sächsischen Landen gelegenen Orte, in Succeßions Fällen nachgegangen zu werden pfleget, die Geschwister Kinder, als die Beklagten, von den Geschwistern als Klägern ausgeschlossen werden; mithin auch Beklagte, nach der sich geendigten Administration den in selbiger gehabten ein Sechstheil nebst den eingehobenen Nutzungen nunmehro eigenthümlich Klägern abzutreten verbunden sind b); Beklagten auch hiebey dieses, daß in obgedachten Attestat sub A. und B. fol. act. 62 der Umstand, daß der Abwesende ohne Nachlassenschaft oder Güter verstorben, gleichwohl aber 54 Stück Louisd'or aus Holland nach

x) *l. 4. C. de posthum. reuers.* STRYCK *de succ. ab intest. diss. 8. cap. 2.* §. 18.

y) RICCIUS *in spicilegio iuris germ. pag. 634. seqq.*

z) *juxta doc. sub A.* und *B. fol. act. 62.*

a) §. 7. *I. de hered. quae ab intest. defer.* und §. 6. *I. de legit. agnat. succ.*

b) ENGAU *in elem. jur. germ. lib. I.* §. 489.

nach Creutzburg geschickt worden wären, unrichtig attestirt worden, und also dieses Attestat ebenfals wegen des bezeugten Todes annoch für unrichtig zu achten sey, zu keines Behuf dienen mag, theils, weil es hauptsächlich nicht des Abwesenden Verlassenschaft, sondern seines Todes willen ausgestellet worden, und also der allenfals in des Abwesenden Vermögens Zustande begangene Irthum, als einer Nebensache, dasselbe nicht verwerflich machen kann, theils und fürnehmlich auch, weil darinne nur dieses, daß der Abwesende im bengalischen Hospital ohne Nachlassenschaft verstorben sey, bezeuget worden ist; welches, daß er anderswo einiges Vermögen hinterlassen habe, nicht aufhebet; hiernächst

ad II) ein Matrose, dergleichen der abwesende Pfefferkorn gewesen, keinen beständigen Wohnsitz hat, sondern gleich einem Soldaten zu betrachten ist, welcher, wenn er in seinem Vaterlande Güter besitzet, nicht da, wo er dienet, sondern annoch in seinem Vaterlande, den Rechten nach seinen Wohnsitz hat c), folgbar auch der abwesende Pfefferkorn, welcher zu Creutzburg annoch Güter besessen, dadurch, daß er bey den Holländern Matrosen Dienste angenommen, seine Behausung in Creutzburg nicht aufgehoben hat; und, daß daher ebnermassen die Erbfolge in die 54 Stück Louisd'or, nach den sächsischen Rechte beurtheilet werden müsse, und, diesen gemäs, Beklagte darauf so wenig Anspruch machen können, als sie obausgeführter massen den ein Sechstheil zu behalten befugt sind, unmittelbar zu folgern ist; indessen weil Beklagte nicht muthwillig gestritten haben, die Unkosten dieses Processes gegen einander zu compensiren gewesen sind: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkennet worden.

V.

Rechtliches Gutachten

Von der Antretung einer Erbschaft für einen Abwesenden.

Als Uns nachstehende Geschichtserzehlung, nebst einem Testamente, mit dreyen Fragen zugeschicket, und darüber Unsere R. B. g. w. d. s. w. v. R.

E 2 Hat

c) *l.* 23. §. 1. *D. ad municip.* add. STRVV. *exercit.* 9. *th.* 23. *num.* 3) CARPZOV. *part.* 3. *const.* 38. *def.* 18.

Hat Johann Heinrich W.**, zu H**, ein Testament sub dato H** den 15 Merz 1768 errichtet, worinne er Christian Dietrich B** und Joachim B** zu Executoren seines Testaments geordnet, sehr ansehnliche Vermächtniße bestimmt, und zu Universalerben seines übrigen gantzen Nachlasses seine nächsten Blutsfreunde, sowohl von väterlicher als mütterlicher Seite, dergestalt ernennet, daß er die ihm bekannten unter gewisse Nummern gesetzet, ausser diesen aber zugleich die ihm unbekannten, welche ihm sonst nach rechter Verwandtschaft am nächsten oder gleich nahe verwandt seyn möchten, iedoch ohne stattfindenden Repräsentationsrecht in der Masse zu seinen Erben berufen, daß diese nächsten Blutsfreunde, oder die sich sonst in gleichen oder nähern Grad legitimiren möchten, alles haben, erben und in gleichen Theilen unter sich in die Köpfe theilen sollten. Ist nun auch unter die vom Testirer benannten väterlichen Verwandten die sub num. 2) angezeigte Frau Marie Sophie E** gebohrne W** in E** welche einen leiblichen einzigen abwesenden Bruder hat, so in Westindien bey einer dasigen christlichen Gemeinde, als Prediger in Diensten stehet, und zur Zeit des Ablebens des Testirers ohngefehr etwas über 69 Jahr alt gewesen, aber das 70ste Jahr seines Lebens, nach Ausweisung des beygebrachten Taufscheines, noch nicht erreicht gehabt. Hat nun auch, nachdem die bekannten und eingesezten Erben, ingleichen die unbekannten Blutsfreunde des Testirers von väterlicher und müterlicher Seite, durch ein öffentliches proclama und edictales binnen gewisser Frist sub praeiudicio et poena perpetui silentii sich zu melden und ihre Legitimation beyzubringen, citiret worden, ein dem obgedachten abwesenden Prediger gerichtlich bestätigter Curator so wohl anfänglich als während dem proclama sich Nahmens desselben gemeldet, dessen Legitimation beygebracht, und, Statt desselben die Erbschaft anzutreten, sicher erkläret. Ist aber dieses Abwesenden leibliche Schwester, die obbenannte Marie Sophie E**, interveniret und hat, daß sie ihres muthmaßlich noch lebenden Bruders künftige Erbin sey, und Nahmens desselben die Erbschaft antreten wolle, sich erkläret. Wird dahero gefraget:

1) Ob der Curator des in Westindien sich befindenden und also abwesenden Predigers gedachte Erbschaft antreten und dem Abwesenden erwerben könne?

2) Ob dieser Curator, da er die *qu.* Erbschaft Nahmens seines abwesenden Curandens anzutreten sich erkläret, den Umstand, daß

daß dieser Abwesende zur Zeit des Ablebens des Testirers noch würcklich am Leben gewesen, zu erweisen schuldig sey?

3) Ob das dem Abwesenden zustehende Deliberationsjahr, oder so viel davon noch übrig, auf dessen leibliche Schwester, die *sub num.* 2) mit eingesetzte Erbin, Marie Sophie E**, dergestalt gebracht worden, daß sie Kraft desselben sothane Erbschaft anzutreten die Befugniß habe, auch die *executores testamenti* ihres abwesenden Bruders Erbantheil, wenn selbiger zuvor für tod erkläret worden, an sie auszuantworten und verabfolgen zu lassen schuldig seyn?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, die Antretung der Erbschaft unter dieienigen Handlungen gehöret, welche ohne besondere Vollmacht des Erbens nicht unternommen werden mögen, mithin daß der Curator des abwesenden und in Westindien sich befindenden Predigers gedachte Erbschaft nicht antreten und demselben nicht erwerben könne, es scheinen möchte:

D. a. u. d. der in Westindien abwesende Prediger, nach dessen beygebrachten Legitimation, mit unter die väterlichen Verwandten des Testirers gehöret, folgbar er auch von dem Testirer unter den unbenannten Blutsverwandten zu seinen Erben mit berufen ist, sowohl dessen Curator ihm von der Obrigkeit gerichtlich zum Curator bestätiget worden, die Erbschaft, angeführter Massen auch so beschaffen ist, daß die Erben, wegen des ansehnlichen Vermögens keinen Schaden zu befürchten haben, nicht minder der Schaden allenfals dadurch, daß man die Erbschaft cum beneficio inuentarii anzutreten sich erkläret, abgewendet werden kann, sowohl ein curator absentis, zu Bewahrung des Bestens des Abwesenden eine demselben angefallene Erbschaft nicht verlustig gehen zu lassen, sondern demselben zu erwerben verbunden ist; folglich auch dieselbe in der Masse, daß der Abwesende davon keinen Schaden hat, nämlich cum beneficio inuentarii anzutreten ein Recht hat, ferner die Antretung der Erbschaft, weil selbige bey uns in keinem nach dem römischen Rechte sogenannten actu legitimo bestehet, gar füglich durch Jemand anders, als den Erben, Statt dessen geschehen kann, indessen, wenn solches, wie von einem Vormunde des Abwesenden, ohne Wissen des Erbens geschiehet, iedoch des Erbens oder Abwesenden nachherige Ratihabition zuvor beygebracht werden muß, ehe man, daß er, wie erforderlich, die Erbschaft

durch den Curator sich erworben haben wolle, mit Grunde behaupten kann: So sind wir der rechtlichen Meinung daß der Curator des in Westindien abwesenden Predigers gedachte Erbschaft, Nahmens desselben, wohl antreten und demselben erwerben könne, iedoch daß dieses eher von keiner völligen Würkung sey, bis er auch annoch dessen Ratihabition davon beygebracht hat.

Die zweyte Frage betreffend, obwohl von Quärenten angeführet worden, daß der abwesende Prediger, zur Zeit des Ablebens des Testirers, noch nicht das 70ste Jahr seines Alters zurückgeleget hat, der Tod eines Abwesenden, von dessen Leben man keine Gewißheit hat, aber erst nach dessen zurückgelegten 70sten Jahre seines Alters vermuthet wird d), und also daß der Curator da er die qu. Erbschaft seines abwesenden Curandens anzutreten sich erkläret, den Umstand, daß dieser Abwesende zur Zeit des Ablebens des Testirers noch würcklich am Leben gewesen, zu erweisen nicht schuldig sey, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. einem Todten keine Erbschaft erworben wird, und also derienige, welcher Nahmens eines Abwesenden für denselben eine Erbschaft antreten und ihm erwerben will, nothwendig auch dessen Leben zur Zeit des Ablebens des Testirers darzuthun hat, damit hieraus das Erforderniß, das demselben die Erbschaft anfallen können, abgenommen werden mag; von diesem Beweise aber der Umstand, daß der Abwesende zu der Zeit das 70ste LebensJahr noch nicht überschritten gehabt, ihn nicht befreyet, massen daraus weder mit Gewißheit, noch mit Wahrscheinlichkeit, daß er noch gelebet habe, zu folgern stehet, die Gesetze auch nirgends von demienigen welcher noch nicht 70. Jahr alt geworden, daß er noch lebe oder tod sey, die Vermuthung machen, sondern dieses unentschieden lassen, folgbar derienige, welcher, daß Jemand lebe, oder tod sey, vorgiebet, solches, weil beydes in einer Thatsache bestehet, erweisen muß e), der curator absentis aber, wenn er Nahmens des Abwesenden für selbigen eine Erbschaft antreten will, vorhingezeigter massen nothwendig auch darauf, daß der Abwesende noch lebe, sich gründen und also dessen Leben zur Zeit des verschiedenen Testirers darzuthun hat: So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß der Curator, da er die *qu.* Erb-

d) LEYSER *spec.* 96. 22. STRVV. *exercit.* 10. th. 66.
e) RICHTER, *decis.* 66. *num.* 16. *et*

Erbschaft Nahmens seines abwesenden Curandens anzutreten sich erkläret, auch den Umstand, daß dieser Abwesende zur Zeit des Ablebens des Testirers noch würcklich am Leben gewesen, zu erweisen allerdings verbunden sey.

Endlich in Ansehung der dritten Frage, obwohl der abwesende Prediger zur Zeit des Ablebens des Testirers noch nicht 70. Jahr alt gewesen, und dieserhalb nach den Entscheidungsgründen der nächstvorhergehenden zweyten Frage weder für tod noch für lebendig zu achten, sondern, Falls dessen Schwester, die Marie Sophie E**, ihn beerben und also auch dessen Erbtheil aus der qu. Erbschaft haben will, dieselbe zuförderst den Umstand, daß sothaner ihr abwesender Bruder nach dem Testirer verstorben sey, zu erweisen haben dürfte, bevor sie sich dessen ihm zuständig gewesenen Deliberationsjahres zu Nutze machen kann; mithin, daß sie auch nur in der Masse die Erbschaft, Statt ihres abwesenden Bruders, um dessen Erbantheil daraus zu erlangen, antreten könne, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. des Abwesenden Schwester dessen Erbantheil aus der qu. Erbschaft nur erst auf den Fall, da dieser ihr abwesender Bruder, den Rechten nach, für tod erkläret werden kann, verlanget, und sie dahero den Beweiß, daß ihr Bruder schon dermalen nach des Testirers Tode verstorben sey, zu führen nicht nöthig hat, sondern zur Vorsicht, damit ihr dereinsten dessen Erbantheil an der qu. Erbschaft aus dem Grunde weil der Abwesende ohne Antretung der Erbschaft verstorben und das Deliberationsjahr auch verstrichen sey, nicht vorenthalten werden möge, zum voraus, daß sie die qu. Erbschaft, Nahmens ihres Bruders, als dessen nächste Erbin auf den Fall, da derselbe binnen der Deliberations-Zeit verstorben seyn sollte, angetreten haben wollte, sich gar wohl erklären mag, und ihr alsdenn, wenn solches geschehen, daß nämlich ihr Bruder nach dem Testirer, binnen dem Deliberationsjahre würcklich gestorben, oder doch, den Rechten nach, für gestorben zu achten, dessen Erbtheil an der qu. Erbschaft ausgehändigt werden muß, massen der Erbe des Erbens, wenn dieser, er mag sich eine Bedenkzeit ausgebeten, oder nicht ausgebeten haben, binnen dem Deliberationsjahre, ohne über die Antretung oder Repudiation der ihm angefallenen Erbschaft sich zu erklären, verstorben, durch seine Antretung vor Verlauf des Jahres die Erbschaft erwerben kann f);

So

f) *L. 19. C. de iure deliber.*

So sind wir der in den Rechten gegründeten Meinung, daß, wenn dargethan werden mag, daß der abwesende Prediger nach dem Testirer verstorben, und ihm also sein Erbtheil von der *qu.* Erbschaft angefallen, und mithin auch das Deliberationsjahr oder so viel davon noch übrig, auf dessen leibliche Schwester die *sub num.* 2) mit eingesetzte Erbin, Marien Sophien E**, dergestalt gebracht worden sey, daß sie Kraft desselben sothane Erbschaft anzutreten befugt, auch die *executores testamenti* ihres abwesenden Bruders Erbantheil, wenn selbiger zuvor für tod erkläret worden, an sie auszuantworten und verabfolgen zu lassen, schuldig sind. V. R. W.

VI.

Von der Gültigkeit eines Testaments, worinne den zweyten Ehegatten mehr, als den Kindern erster Ehe, hinterlassen worden. Als eine Erläuterung des l. 6. pr. C. de secundis nuptiis.

§. 1.

Ob zwar in den gemeinen Rechten die zweyten Heyrathen, wenn sie nicht binnen der Trauerzeit geschehen, eigentlich mit keiner Strafe beleget worden g), so trift man doch hin und wieder in selbigen einige Verordnungen an, wodurch lediglich zum Besten der Kinder erster Ehe, bey den zweyten Heyrathen mancherley Stücke bestimmt worden sind h).

§. 2.

Unter diese ebengedachten Verordnungen gehört auch hauptsächlich der von dem Kayser Leo und Anthemius im Jahr Christi 469 gegebene l. 6. C. de secundis nuptiis. Welcher nicht nur nach der Zeit von dem Kayser Iustinianus in der Nou. XXII. cap. 27 bestätiget und genauer bestimmt, sondern auch selbst verschiedenen teutschen Gesetzen einverleibet i) und

g) IO. SAM. FRIED. BOEHMER *de poenis secundarum nuptiarum spuriis et genuinis.* Francof. 1758.

h) Siehe AVG. a LEYSER in *medit. ad Pand. spec.* 300. *med.* 2.

i) Als unter andern dem CORP. IVR. FRIDERICIAN. *par.* 1. *lib.* 2. *tit.* 3. §. 10. *n.* 4. dem COD. IVR. CIV. BAVAR. MAXIMIL. *par.* 1. *cap.* 6. §. 47. *num.* 3. der Solmischen Landesordnung, *par.* 2. *tit.* 13. der Würtembergischen Constitution vom 20 Julius 1683. bey dem

und wegen seiner Wichtigkeit, von einigen Rechtsgelehrten in besondern Abhandlungen erläutert worden ist k).

§. 3.

In diesem l. 6. C. de sec. nupt. und der Nou. 22. cap. 27, woraus nach der Zeit die Auth. Ad eos solos C. de sec. nupt. gezogen worden, ist enthalten, daß ein Ehegatte, welcher Kinder aus der ersten Ehe am Leben hat und sich zum zweytenmahle verheyrathet, seinem zweyten Ehegatten unter keinerley Titul, weder auf den Todes Fall, noch unter den Lebendigen, weder unmittelbar, noch mittelbarer Weise, etwas mehr, in der Absicht, daß er solches nach seinem Tode behalte, umsonst zuwenden darf, als er einem von seinen Kindern erster Ehe, welches er am wenigsten bedacht, hinterlassen hat. Widrigenfals, wenn dergleichen doch geschehen, soll das mehrere alsdenn lediglich unter die Kinder erster Ehe, und also nicht zugleich mit unter die Kinder zweyter Ehe vertheilet werden l).

§. 4.

HARPPRECHT *Cons. Tubing.* 33. der Nassau Catzenelnbogischen Landesordnung, *par.* 2. *cap.* 4. §. 2. der Nürnbergischen Reformation *tit.* 28. in 7den und 8ten Gesetz, der Braunschweig Wolfenbüttelschen Verordnung *d. d.* Braunschweig den 30sten December 1754. In Sachsen ist derselbe ausser Gebrauch BERLICH *par.* 3. *concl.* 24. *num.* 48. CARPZOV *par.* 2. *const.* 43. *def.* 17. STRYK in *vsu mod. pand. lib.* 23. *tit.* 2. §. 33. BERGER *oec. iur. lib.* 1. *tit.* 3. §. 8. *not.* 2. und *lib.* 2. *tit.* 4. §. 45. *not.* 11. WERNHER in *sel. obs. for. par.* 3. *obs.* 55. *num.* 2. 3. *quosdam specialiores.* Tub. 1745. RVD. CHRIST. HENNE diss. *de coniuge binubi vel binubae ex bonis huius non plus capiente, quam aliquis liberorum prioris matrimonii minimam portionem accipiens, ad l. 6. C. de secund. nupt.* Erford. 1749. IO. BERNH. HOFFER *de l. 6. C. de sec. nupt.* ad *mores germanorum caute adplicanda.* Alt. 1759. AVG. AD. HENNINGS diss. *de vsu et adplicatione l. 6. C. de secund. nupt. recepta communione bonorum praesertim Holsatica.* Goett. 1767. GEOR. LVD. BOEHMERI diss. *de restricta de bonis suis in fauorem secundi coniugis disponendi facultate.* Goetting. 1768.

k) IO. IAC. HELFERICH *sanctio iuris ciuilis romani de secundis nuptiis et in his praesertim l. 6. C. de sec. nupt. collata cum statuto S. R. I. liberae et immediatae reip. Sueuo - Hallensis quoad casus*

l) Hieher gehören die am Ende des *l. 6. pr. C. de sec. nupt.* befindlichen Worte: omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocunque modo fuerit excogitata, cessante.

§. 4.

Aus diesem Rechte folget nun von selbst, daß wenn ein mit Kindern erster Ehe versehener Ehegatte sich zum zweytenmahle verheyrathet und seinem zweyten Ehegatten etwa in Testamente mehr, als einem seiner Kinder erster Ehe aussetzet, hiedurch das Testament, wenn es sonst auf rechtliche Art gemacht worden, nicht ganz und gar über den Haufen falle, sondern nur der dem zweyten Ehegatten zugedachte grössere Theil, in so ferne er den kleinsten Theil eines seiner ungleich versorgten mehrern Kinder erster Ehe; oder, Falls diese Kinder gleiche Theile haben, in so ferne jener grössere Theil einen Kindestheil übersteiget, zu vermindern und dieses Zuvielgeordnete, wie es in dem gedachten l. 6. pr. C. de sec. nupt. heist, für nicht hinterlassen, und den Kindern erster Ehe zu ihrer Vertheilung unter sich für anheimgefallen anzusehen ist. Folglich das übrige bleibt dem zweyten Ehegatten. Denn das Gesetz verbiethet nur, daß der zweyte Ehegatte nicht mehr, als eines Kindes erster Ehe vorhin bestimter Theil ausmacht, bekommen soll.

§. 5.

Gesetzt auch, daß bey ungleich versorgten Kindern erster Ehe der kleinste Theil des einen Kindes nicht den Pflichttheil ausmachte, so bestehet demungeachtet das Testament in der Masse, daß, nach geschehener Berechnung des besondern Pflichtheiles, so viel nämlich, nach der Anzahl der vorhandenen Kinder m), auf das am geringsten bedachte Kind erster Ehe eigentlich kommen sollen, der zweyte Ehegatte von der diese Grösse übersteigenden ihm hinterlassenen Portion ebenfals seinen Theil erhalten muß n). Denn, was über den Pflichttheil ist, konnte der Ehegatte seinen Kindern entziehen und so gar einer fremden Person hinterlassen o), wie vielmehr mußte ihm also verstattet seyn, den Zustand seines zweyten Ehegattens, welcher der Gefährte seines Lebens gewesen, damit zu verbessern. Das zu wenig erhaltene Kind hat auch keinen Schaden davon, weil es die Ergänzung des zu wenig erhaltenen, nach Verschiedenheit der Fälle, entweder *ex l. 30 und 36. C. de in offic. testam.* oder

m) Siehe *Nov. 18. cap. 1.* und die daraus gezogene *Auth. Nouissima lege C. de inoffic. test.*

n) Hieher gehören von dem *l. 6. pr. C. de sec. nupt.* folgende Worte: *ut quarta pars, quae eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur.* ANT. FABER in *Cod. lib. 5. tit. 5. def. 3.* GEOR. LUD. BOEHMER in diss. *de restricta de bonis suis in fauorem secundi coniugis disponendi facultate, §. 7.*

o) *Nov. 18. cap. 1.*

oder *ex Auth. Vnde C. de inoff. test.* actione expletoria, oder, wie sie auch genennt wird, actione suppletoria verlangen kann p).

§. 6.

Ferner ergiebet sich hieraus, daß die übrigen Stücke des Testaments gültig bleiben. Denn es darf das nützliche durch das unnützliche nicht aufgehoben werden. Wenn dahero der Ehegatte auch den Kindern zweyter Ehe etwas, es sey nun unter dem Titul eines Miterbens, oder Vermächtnißes, oder unter dem Titul eines Miterbens und zugleich eines Vorausvermächtnisses hinterlassen hätte, so müssen die Kinder erster Ehe, Falls es auch mehr als eines Kindes Theil unter ihnen ausmachen sollte, sich dieses gefallen lassen, wenn sie dadurch nicht in ihrem Pflichttheile verkürzet worden, und der Testirer seiner Kinder zweyter Ehe nicht blos als Mittelspersonen, um das mehrere Vermögen durch sie nur ihrem Vater oder Mutter, als dem zweyten Ehegatten, zuzuwenden, sich bedienet haben sollte. Denn ob zwar der Kayser Justinian daß Eltern unter ihren Kindern erster und zweyter Ehe, weil beydes ihre Kinder wären, eine Gleichheit zu beobachten anräth, so verstattet er doch ausdrücklich, den Kindern zweyter Ehe, bey etwa vorhandener grösserer Liebe, ein mehreres zufliessen zu lassen, wenn nur die Kinder erster Ehe dadurch nicht in ihrem Pflichttheile verkürzet werden. Auf diesen haben sie ein vollkomnes Recht q). Was aber über den Pflichttheil ist, das können Eltern nicht nur ungleich unter ihre Kinder vertheilen, sondern auch so gar fremden Personen hinterlassen r).

§. 7.

Hiernächst schadet auch der Gültigkeit eines Testamentes nicht, wenn ein Ehegatte in seinem Testamente, worinne er seinem zweyten Ehegatten mehr, als einem Kinde erster Ehe, ausgesezet, eine demselben unter den Lebendigen zur Vergeltung gemachte Schenkung sollte bestätiget haben. Denn, ob zwar obangezogener l. 6. C. de sec. nupt. dem Gatten zweyter Ehe mehr, als einem Kinde erster Ehe, als eine Schenkung unter den Lebendigen zu hinterlassen ebenfalls ausdrücklich verbiethet, und daß also diese Schenkung, welche sonst, wenn sie durch den Tod des Schenkenden

p) BOEHMER *de actionibus*, *sect.* 2. *cap.* 3. §. 40. und 48.

q) *Nov.* 22. *cap.* 48.

r) *Nov.* 18. *cap.* 1.

kenden bekräftiget worden, unter Eheleuten gültig ist s), in so ferne sie des Kindes Theil überschreitet, ebenermassen unter Kindern erster Ehe zu vertheilen ist; so muß dieses doch billig nur von einer blossen Schenkung, die nur umsonst und nicht zur Vergeltung dem andern Ehegatten geschiehet, verstanden werden. Denn von dergleichen Handlungen, wodurch Eltern nur aus blosser Freygebigkeit ihr Vermögen ihrem zweyten Ehegatten zuwenden, ist in dem l. 6. C. de secundis nuptiis allein die Rede (§. 3.). Folglich darf dieses Gesetz auch auf keine onerosen Verträge oder Contracte t), vielweniger auf eine remuneratorische Schenkung angewendet werden. Denn eine Schenkung, welche wegen der würklichen Verdienste des Andern unternommen worden, ist überhaupt, und besonders auch bey Eheleuten, unwiederruflich u).

Rechtsfall.

Der Rathsherr U. A. M**, welcher in jeglicher seiner beyden, sowohl ersten als zweyten Ehe, zwey Kinder gezeuget hat, macht ein Testament und Codicill, worinne er seine Kinder erster und zweyter Ehe, ingleichen seine hinterlassene Witbe zu gleichen Theilen als Erben einsetzet. Jedoch hat er dabey den Werth seines ganzen Vermögens zu 9011 Rthl. in alten Roßgelde selbst geschätzet, und dafür selbiges seinen Kindern zweyter Ehe dergestalt zugeschlagen, daß sie davon ein Vermächtniß von 400 Rthlr. zum voraus wegnehmen, den übrigen Betrag der 8611. Rthlr. in alten Roßgelde aber so wohl sie selbst, als Mutter, die nachgelassene Witbe, und die Kinder erster Ehe, dergestalt zur Theilungsmasse ausgeworfen haben sollten, daß sie davon jedes Kind erster Ehe mit seinen zu 1722⅕ rthlr. in Roßgelde oder 1444 rthlr. 3 gr. betragenden Fünftheil in baaren Gelde abfindeten. Weil aber diese Kinder zweyter Ehe noch minderjährig, so setzt er ihnen ihre Mutter zur Vormünderin und Verweserin des Vermögens, das sie durch diesen lezten Willen von ihm erhalten. Er befiehlet auch, daß sothane seine Witbe zwar den Vormundschafts Eid ablegen, jedoch zur Herausgabe eines Erbschaftsverzeichnisses, zu eydlicher Manifestation seines Nachlasses und zu Ablegung der Vormundschaftsrech-

s) *l. 32. §. 2. D. de donat. int. vir. et vxor. l. 1. 3. C. eod.*

t) BRUNNEMANN ad *l. 6. C. de sec. nupt. num. 4.*

u) *l. 34. §. 1. D. de donat. l. 7. §. 2. D. de donat. int. vir. et vxor.* CARPZOV *par. 2. const. 13. def. 18.* LEYSER *spec. 436. med. 1. seqq.*

rechnung weder von der Obrigkeit, noch auch von seinen Kindern zweyter Ehe, wenn sie gleich die Majorennität würden erreicht haben, unter irgend einen Vorwande gezwungen werden sollte. Er giebt auch zu erkennen, daß, weil er verlangte, daß seine Witbe und Kinder zweyter Ehe in dem ungekränkten alleinigen Besitze und Genuße seines gesamten Nachlasses bleiben sollten, er sie auch hiermit in die wesentliche und alleinige Possession seines ganzen Nachlasses eingesezt haben wollte. Er ordnet zugleich, daß seine Witbe, weil sie ihm in seinem Haußwesen und kränklichen Umständen so treulich beygestanden, auch, nach der mit ihm eingegangenen Ehe, verschiedene Gelder von ihrem Vater, Mutter, Schwester und Bruder ererbet, welche sie ihm in Verwaltung gegeben, er aber solche in seinen Verkehr gebraucht und ihr keine Zinsen davon abgeführet noch berechnet, zur Renuneration ihres, ausser den Brautschatz, unter sich gehabten Geldes, die Geschenke und hierunter besonders auch den Schmuck und das Silbergeschirr nicht conferiren, sondern selbige vor sich behalten, oder, Falls ein Kind ihr diese Geschencke strittig machen würde, ihr die Zinsen ihrer gedachten Capitalien von der Zeit, da sie ihr zugefallen und sie ihm dieselben sogleich nach den Empfang in Gebrauch gegeben, von seinem Nachlaß zu fordern und vorwegzunehmen, die Freyheit haben sollte.

Die Kinder erster Ehe fechten dieses Testament aus dem l. 6. C. de sec. nupt. wider die Witbe und Kinder anderer Ehe an. Sie legen dabey dieses zum Grunde, daß ihr Vater, der Testirer, sein Vermögen viel zu gering gewürdert hätte, und hiedurch die Witbe mehr als Kindestheil bekäme. Sie müßten wenigstens mit ihr einen in der That gleichen Kindestheil erhalten. Weshalb nun aber ein Inventarium, eine eydliche Manifestation und Anschlag der Güter nach ihren wahren Werthe nöthig wäre. Sie stehen hierbey zugleich in den Gedanken, daß das ganze Testament zu Recht nicht bestünde, und verlangen zur gesetzlichen Erbfolge gelassen zu werden. Ob nun schon dieses Verlangen den Vordersätzen ihrer Klage nicht gemäs war, und die beklagte Witbe hingegen nebst ihren Kindern das Testament ganz und gar, wiewohl ungegründet, aufrecht zu erhalten suchte; so wurde von den Gerichten am 16den Julius 1765 erkannt:

Daß Beklagte, Einwendens ungehindert, ihres verstorbenen *resp.* Ehemannes und Vaters nachgelassene sämtliche Güter,

 sie

sie bestehen worin sie wollen, die der Witbe gegebene Geschenke nicht ausgenommen, in ein Inventarium zu bringen, dasselbe von der Witbe und deren Kindern mit dem *iuramento manifestationis* zu bestärken, auch alle Güter nach ihren wahren Werth in Anschlag zu bringen, und, wenn solches geschehen, nach Abzug der Witben erweislichen Illaten, jedoch ohne Zinsen, unter die Witbe und Kinder erster und zweyter Ehe gleich zu vertheilen, auch Beklagte den Kindern erster Ehe die Zinsen auf ihren Antheil, nach Ablauf eines Jahres, von dem Absterben des gemeinschaftlichen Erblassers anzurechnen, zu vergüthen schuldig, die Unkosten aber gegen einander aufzuheben seyn. V. R. W.

Beklagte ergreiffen hierwider die Supplication. Allein es wurde diese Sentenz durch ein auswärts eingeholtes und am 29ten Julius 1768 eröfnetes Urthel völlig bestätiget.

Beklagte erheben darwider die Appellation. Allein es wird ihnen dieselbe durch ein unter den 29ten April 1769 ertheiltes Decret, wegen Unerheblichkeit der Beschwerden abgeschlagen.

Sie wenden wider dieses Decret die Supplication ein, geben aber nachhero zu erkennen, daß sie derselben wieder entsagen wollten, wenn eine Declaration wegen der Vorausvermächtnisse und Geschenke erfolgte, massen sich die Mitbeklagte Witbe nunmehro zugleich erklärte, daß sie nicht mehr als Kindes Theil haben wollte.

Allein es wurde ihnen durch ein Decret untern 13den May 1769 die Resolution gegeben, daß die gebethene Declaration nicht Statt hätte.

Beklagte suchten dahero ihre eingewandte Supplication zu rechtfertigen, und hielten sich so wohl durch das rejectorische Decret, als durch die versagte Declaration der ersten Sentenz beschweret.

Die Acten wurden darauf, nach geendigten Schriftwechsel, hieher geschickt, und es erfolgte im Junius 1770 nach W** in dieser Sache nachstehendes

Urthel

Auf eingewandte Supplication, deren Justification, darwider vorgeschützte Einreden und fernere Schriften weyland des Senatoris U. A. M** nachge-

nachgelassener Witbe und Kinder zweyter Ehe, Beklagter und Supplicanten an einem, dessen gleichfals nachgelassener Kinder erster Ehe, Klägerer und Supplicaten am andern Theil erkennen Fürstlich B** ——, nach eingehohltem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, vor Recht:

Daß es, mit Wiederaufhebung des Decrets vom 13den May 1769 *num.* 25. *act. sec. inst.* zwar bey dem Decret vom 29ten April 1769 *num.* 19. *eor. act.* und also auch bey der ersten am 16den Julius 1765 eröfneten und im Protocoll hinter *num.* 12. *act. prim. inst.* befindlichen Sentenz billig verbleibet; jedoch mit dieser Erklärung, daß nicht nur die Kinder zweyter Ehe, die ihnen im Testament und Codicill ihres verstorbenen Vaters ausgesetzten Vorausvermächtnisse, sondern auch die Witbe, Falls sie die von ihrem verstorbenen Ehemanne erhaltenen Geschenke auferlegter massen conferiret, von den Capitalien, welche sie, ausser dem Brautschatze, nach eingegangener Ehe ihrem Ehemanne erweislicher Massen, mit Vorbehalt der Klägere Gegenbeweiß, zugebracht, die reichsgesetzmässigen Zinsen zu fünf Procent von Zeit, da solche Zubringung der Capitalien geschehen, zu fordern wohl befugt V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Beklagten, in Ansehung ihrer num. 30 act. sec. inst. justificirten ersten Beschwerde, entgegen zu stehen scheinet, daß in dem l. 6. C. de secund. nupt. ausdrücklich verordnet worden, daß ein Ehegatte seinem zweyten Ehegatten weder in einem Testamente, es sey unter was für einem Titul es wolle, noch ohne Testament, durch eine Schenckung unter den Lebendigen, mehr als einem seiner Kinder erster Ehe zuwenden, sondern, wenn die Kinder gleiche Theile hätten, auch der zweyte Ehegatte nicht mehr als einen gleichen Kindestheil erhalten, und hierbey gar kein Betrug, weder durch eine Mittelsperson, noch wie solcher sonst auf irgend eine Art ausgedacht worden, dem zweyten Ehegatten zu Statten kommen sollte; aus dem Testament und Codicill des Testirers aber sich nicht undeutlich veroffenbaret, wasmassen derselbe seine nachgelassene Witbe und Kinder anderer Ehe vorzüglich vor den Kindern erster Ehe bedacht hat; und also, daß auch die Kinder zweyter Ehe hierbey der Witbe ihren Theil nicht vergrössern mögen, um so weniger zweifelhaft

felhaft zu seyn scheinet, als die Gesetze, daß das mehrere, welches dem zweyten Ehegatten zugewendet worden, nicht den Kindern zweyter Ehe, sondern lediglich den Kindern erster Ehe zuwachsen solle, ausdrücklich gebiethen x); hingegen die zweyte Beschwerde belangend, Supplicanten zu statten zu kommen scheinet, daß die bey der vorhin bereits interponirten Supplication verursachten Unkosten, schon in dem Urthel num. 32 act. prim. inst. stillschweigend compensiret worden sind; mithin daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte.

Dennoch aber und dieweil, die erste Beschwerde betreffend, die mitbeklagte Witbe sich nunmehro num. 30 act. sec. inst. erkläret hat, daß sie mit den Kindern erster Ehe in Gleichheit gehen wollte; Klägere auch selbst in ihre Klage num. 3. act. pr. inst. den Satz, wie sie nur den von dem höchsten Landesherren ihnen versicherten Gesetzerbtheil oder den Landesgesezmässigen Pflichttheil, nämlich, daß sie mit der beklagten Witbe in der That gleichen Kindestheil erhalten möchten, suchten, mit ausdrücklichen Worten gebracht haben; der l. 6. C. de sec. nupt: und die Nov. 22 cap. 27 auch dergleichen Testament, worinne ein Ehegatte seinem zweyten Ehegatten entweder offenbar, oder verdeckter Weise mehr als einem seiner Kinder erster Ehe zugewendet, nicht ganz und gar für null erklären, sondern verordnen, daß nur das Mehrere als nicht hinterlassen angesehen werden und den Kindern erster Ehe zufallen solle y); folgbar, da das Testament und Codicill des Erblassers sonst keinen Fehler hat, auch die darinne zum Besten der Kinder zweyter Ehe geordnete Vorausvermächtnisse zumahl da Klägere, daß sie hiedurch in ihren Pflichttheile verkürzet worden, anzuführen nicht vermocht, zu recht bestehen müssen, gestallten die Kinder zweyter Ehe darunter, daß ihre Mutter als Miterbin nicht mehr als ein Kind erster Ehe bekommen kann, nicht leiden dürfen, und deshalb ihre durch das ausserdem gültige Testament erlangten Vortheile aufzugeben nicht nöthig haben, in mehrerm Betracht, daß sie so wohl, als die Kinder erster Ehe, leibliche Kinder des Testirers sind, und die Gesetze dieses, daß ein Vater unter seinen Kindern, ohne Verletzung eines jeden seines Pflichttheils, dem einen mehr als dem andern hinterlasse,

x) *Nov.* 22. *Cap.* 27. verb. Namque sed ex priori matrimonio filiis, propter quos et obseruatum est detur solis. *Auth. Ad eos solos C. de secund. nupt.*

y) iuxt. verb. *l.* 6. *pr. C. de sec. nupt.* Sin vero plus quam statutum est, - -

lasse, keinesweges verbiethen, sondern, daß er dasjenige, was über einer nes Kindes seinen Pflichttheil ist, den übrigen Kindern und so gar fremden Personen solle zuwenden können, ausdrücklich erlauben z); und daß hierdurch der Witbe ihr Theil vor den Kindern erster Ehe vergrössert werde, sich mit Bestande Rechtens nicht behaupten läst; sodann ob auch schon ein Ehemann seiner zweyten Ehefrau durch Schenkungen nicht mehr als seinen Kindern erster Ehe zuwenden kann, dieses jedoch billiger Weise nur von solchen Schenkungen, die blos aus freygebigem Gemüthe, nicht aber von solchen, die aus einer gegründeten Vergeltung geschehen, verstanden werden muß; beyder Theile Erblasser aber, Inhalts seines Codicills num. 12. act. pr. inst. seiner zweyten Ehefrau, der gegenwärtig mitbeklagten Witbe, die Geschenke nicht nur ihrer unermüdeten Vorsorge in seinen vieljährigen kräncklichen Umständen, und ihres vernünftigen Haushalts, und dadurch unterstützten Erwerbes wegen, sondern auch um deßwillen, weil sie, ausser dem ihm zugebrachten Brautschatze, das, was sie von ihrem Vater, Mutter, Schwester und Bruder nachher geerbet, ihm in Verwaltung gegeben, er aber solches in seinen Verkehr gebrauchet und derselben keine Zinsen davon abgeführet, noch berechnet, zur Remuneration gemacht, und zugleich verordnet hat, daß, wenn seine Kinder diese Schenkung anfechten würden, seiner Ehefrau die Zinsen auf ihre Capitalien von Zeit, da ihr selbige zugefallen, und sie ihm dieselbe sogleich nach dem Empfang in Gebrauch gegeben, von seinem Nachlaß zu fodern und vorweg zunehmen frey stehen sollte; folgbar wenn die mitbeklagte Witbe, der ersten Sentenz vom 16den Julius 1765 gemäs, sothane Geschenke conferirt, ihr auch, die Zinsen von ihrem nach errichteter Ehe eingebrachten und von ihrem Ehemanne genutzten Capitalien zu fodern, das Recht zustehen muß; weil aber auf das blosse Geständniß des Testirers wegen dieser Capitalien, da er sich durch die der Witbe und Kindern zweyter Ehe mehr bewiesenen Gunst verdächtig gemacht, nicht blos zu bauen, es auch noch ungewiß ist, wie viel selbige ausgemacht haben, das Zubringen dieser Capitalien nebst deren Summe zuförderst von Seiten der Witbe einen Beweiß, mit Vorbehalt der Klägere Gegenbeweiß bedarf, und dahero auf diese Art das erste Urthel von 16den Julius 1765 zu erklären gewesen; hingegen, die zweyte Beschwerde belangend, nach der Landesverordnung vom 19den Junius 1759 die Verschickung der Acten betreffend, derienige, welcher ein Rechtsmittel eingewendet,

z) *Nov.* 18. *cap.* 1.

det, und die Verschickung der Acten gesuchet, bey erfolgter confirmatorischen Sentenz allemahl auch in die Unkosten der Instanz condemnirt werden soll, und also dieser Punkt mit Recht in dem Decret num. 19. act. sec. inst. ergänzt worden ist; die auf die dermalige Supplication verwendeten Unkosten aber, weil Beklagte eine Erklärung erhalten, gegen einander stillschweigend zu compensiren gewesen sind. So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

VII.

Von der Ungültigkeit eines blos dem Richter übergebenen oder mündlich bekannt gemachten Testaments.

§. 1.

Die Rechtslehrer sind über die Frage: ob ein blos dem Richter übergebenes oder mündlich bekannt gemachtes Testament, gemeinen Rechten nach, bestehe? gar sehr uneins. Die, welche zuerst über diese Frage in Teutschland besonders mit einander gestritten, sind Finckelthauß a) und Carpzov b). Jener verneinet und dieser bejahet selbige. Unter denjenigen welche neuerer Zeiten der Meinung des Carpzovs beygepflichtet, sind hauptsächlich der Kayserliche und des Reichs Cammer Gerichts Beysitzer Joh. Ulr. Freyherr von Cramer c) und der Königlich Großbritannische und Churfürstl. Braunschweig Lüneburgische Canzley Director David Georg Struben d). Mir scheint aber die Meinung des Finckelthausens gegründeter zu seyn. Die Ursachen, weshalb ich dieses dafür halte, will ich nun gleich in folgenden anzeigen.

§. 2.

Was ein gerichtliches Testament seyn soll, das muß auch natürlicher Weise vor den Personen, welche das Gericht ausmachen, übergeben oder mündlich bekannt gemacht werden. Denn das heißt eben nicht gerichtlich, was in der Gerichtsstube geschiehet, weil sonst ein Testament, welches in die Gerichtsstube geleget würde, da Niemand, oder

a) in *obseruationibus practicis*, *obs.* 63.

b) in *iurispr. for. par.* 3. *const.* 3. *def.* 15.

c) in seinen Wetzlarischen Nebenstunden, 10. Th. 6. Abh. S. 73.

d) in seinen rechtlichen Bedenken, 2 Th. Num. 51. S. 171.

oder doch nicht die Gerichtspersonen, in selbiger befindlich wären, für ein gerichtliches Testament gehalten werden müßte. Das ist aber ungereimt, und wird dahero ein Testament, welches vor den Gerichtspersonen zu Stande gebracht worden, es sey solches nun in oder ausser der Gerichtsstelle geschehen, mit Recht für ein gerichtliches Testament gehalten e). Nun macht aber, wie gleich soll erwiesen werden, weder nach dem römischen, noch nach dem canonischen, noch nach dem gemeinen teutschen Gewohnheitsrechte der Richter alleine das Gerichte aus. Mithin folgt ganz ungezwungen, daß ein bloß dem Richter übergebenes oder bekannt gemachtes Testament für kein gültiges gerichtliches Testament gehalten werden mag.

§. 3.

Daß, nach dem römischen Rechte, der Richter nicht alleine das Gericht ausmache (§. 2.), sondern derselbe bey den Römern auch zur richtigen Niederschreibung der vor ihm angebrachten Geschäfte und ordentlichen Führung der Acten einen Schreiber oder Protocollisten hinzuziehen mußte, solches erhellet nicht nur aus den Gesetzen f), sondern es ist auch von geschickten Männern ausführlicher dargethan worden g). Dahero ist denn auch in dem l. 19 C. de testamentis, verordnet, daß derjenige Testirer gesichert sey, welcher bey den Acten eines jeglichen Richters seinen letzten Willen vorgebracht hätte h). Da nun die Führung der Acten, wie gedacht, bey den Römern nicht dem Richter selbst, sondern dem Gerichtsschreiber oder actuario aufgegeben war, so ergiebet sich hieraus, daß nach dem römischen Rechte kein Testament bey den Acten für eröfnet oder übergeben, und also nicht für gerichtlich geachtet werden konnte, welches blos dem Richter ohne Beyseyn des actuarii insinuiret worden war i).

e) GEORG. LVD. MENCKEN diss. *de testamento iudiciali extra locum iudicii condito.* Viteb. 1716.

f) Siehe *l.* 33. §. 1. *D. ex quib. caus. maj.* und *l.* 45. §. 7. *D. de iure fisci.*

g) Es verdienet hiervon nachgelesen zu werden POLLETI *historia fori romani lib.* 5. *cap.* 12. CONRADI diss. *de testamento publico, quod fit apud acta.* §. 13. und 15.

h) Sicut ergo securus erit, heißt es in dem angezogenen Gesetze des Codicis, *qui actis cuiuscunque iudicis - - mentis suae postremum publicauit iudicium:* ita - - Daß das Wort publicare hieselbst so viel als insinuare bedeute, solches ist mit vieler Belesenheit von FRID. ES. PUFENDORF in *obseruat. iur. vniu. vol. III. obs.* 153. §. 5. gezeiget worden.

i) LEYSER *spec.* 71. med. 4.

§. 4.

Daß ferner, nach dem canonischen Rechte, nicht blos der Richter das Gericht vorstelle (§. 2.), ist vollends keinem Zweifel unterworfen, weil selbiges ausdrücklich befiehlet k), daß der Richter allezeit entweder eine öffentliche Person, wenn er solche haben könnte, oder zwey tüchtige Männer, welche getreulich die sämtlichen Gerichtsacten niederschrieben, hinzuziehen sollte. Wie es denn auch auf das genaueste verbiethet l), daß dem Worte eines Richters, er sey von welchem Ansehen er wolle, nicht geglaubet werden sollte, es möchte über Testaments oder andere Sachen gehandelt werden.

§. 5.

Daß auch, nach dem teutschen Rechte, das Gerichte nicht blos aus der Person des Richters bestehe (§. 2.), lehret schon die tägliche Erfahrung. Nach welcher ordentlicher weise der Richter, nebst dem Gerichtsschreiber und zwoen Schöppen das Gerichte ausmachen m). Man findet auch schon, ohne weiter zurück zu gehen, in dem sächsischen Landrechte n), die Nothwendigkeit der Schöppen bey Bestellung eines Gerichtes. Jedoch werden auch in Teutschland häufige Exempel angetroffen, da eine einzige Person den Richter und Gerichtsschreiber vorstellet. In welchem Fall dahero auch nur die Gegenwart zwoer Schöppen zu Formirung eines völligen Gerichts nöthig ist. Und wird dasjenige, was vor selbigen geschehen, mit der Redensart, daß es vor gehegtem Gerichte oder bey besezter Gerichtsbank geschehen sey, beleget. Hiernächst wird auch, der Gewohnheit nach, bey Dingen, die zur freywilligen Gerichtsbarkeit gehören, dergleichen die Insinuation eines Testaments ist, schon die Gegenwart des Richters und Gerichtsschreibers, oder, Falls beyde in einer einzigen Person vereiniget worden, die Gegenwart dieser Person und eines Schöppens für hinreichend geachtet o). Welches dieses zum Grunde hat, weil dergleichen Handlungen, die zur freywilligen Gerichtsbarkeit gehören, nicht von der Wichtigkeit als diejenigen, sind, welche unter der stritti-

k) *cap.* 9. *X. de probat.*

l) *cap.* 28. *X. de testib.*

m) Dieses hat IO. HEYMANN in *exercitationibus iuris vniversi, spec.* 4. *c.* 1. 2. 3. durch eine grosse Menge teutscher Gesetze dargethan.

n) *lib.* 3. *art.* 88.

o) STRVV. *exerc.* 32. *th.* 9. LVDOVICI in diss. *de actuarii praesentia in actu testand.* §. 21. NETTELBLADT in der Practischen Rechtsgelahrheit. §. 650.

strittigen Gerichtsbarkeit begriffen werden. Daher man auch, daß selbige durch das Ansehen und den Glauben solcher Personen genugsam bestätiget würden, wohlgegründet dafür zu halten pfleget. Es geschiehet auch wohl daß dem Beamten bey solchen Handlungen in einigen Landen alleine so viel Glauben als dem Gerichtsschreiber beygeleget wird p). Welches aber unter die besonders abweichenden Fälle gehöret q).

§. 6.

Aus dem bisher ausgeführten ergiebet sich nun, daß ein Testament, es werde dem Richter vor Gerichtsstelle, oder ausserhalb derselben schriftlich übergeben, oder mündlich eröfnet, der Regul nach, nicht bestehet, woferne selbiges nicht in Gegenwart des Gerichtschreibers und eines Schöppens, oder, Falls der Richter zugleich die Stelle des Gerichtsschreibers mit verwaltet, in Gegenwart zweyer oder wenigstens eines Schöppens zu Stande gebracht worden (§. 5). Denn auch in dem Fall, da dem Richter das Testament schriftlich übergeben wird, ist nöthig, daß der Gerichtsschreiber, woferne dergleichen bey dem Gerichte gewöhnlicher massen besonders vorhanden ist, solches, daß es von dem Testirer als sein lezter Wille übergeben worden, zu den Acten gehörig registrire, weil nicht der Richter, sondern der Gerichtsschreiber zu Verfertigung der Registraturen verpflichtet worden, und dieserhalb ihm, nicht aber dem Richter, dabey der meiste Glaube beygeleget wird. Daß einige, als der Herr von LEYSER r), vermeinen, daß dem Gerichtsgebrauche nach, auch die Registraturen eines blossen Richters, der nämlich nicht zugleich die Stelle des Gerichtschreibers vertrit, bey Handlungen freywilliger Gerichtsbarkeit gültig wären, darauf ist, weil der Gerichtsgebrauch theils irrig, theils nicht allgemein, nicht sicher zu bauen. Auch selbst in den herzoglich sächsischen Landen ist neuerer Zeiten dabey keine Sicherheit, wenn man lediglich dem Richter sein Testament insinuiret, ob solches gleich ehedessen für gültig geachtet worden s).

p) Struben in rechtlichen Bedenken, 3ter Theil, Num. 51.

q) CLAPROTH in *primis lineis iurisprudentiae extraiudicialis* §. 107.

r) in *meditat. ad Pand. spec.* 71. *med.* 5.

s) [illegible]ICHTER *par.* 1. *decis.* 30. *num.* 24. L[illegible] *vol. I. resp.* 13. *num.* 13. BER[illegible] *oec. iur. lit.* 2. *tit.* 4. §. 2. *not.* 5. [illegible] *par.* 1. *decis.* 345. *num.* 6.

Rechtliches Gutachten
nach B** im Junius 1769.

Als Uns nachstehende Geschichtserzehlung mit einem Protocolle sub O, nebst dreyen Fragen zugeschicket, und darüber Unsere Rechtsbelehrung gebethen worden; d. f. w. v. R.

Haben Hanß Christoph Ernst und dessen Eheweib, Inhalts des in beglaubter Abschrift beygelegten gerichtlichen Protocolls sub. O, am 27ten März 1760 ein reciprocirliches Testament angebracht und darinne verschiedenes verordnet. Haben auch die Gerichte nach der Zeit aus diesem Protocolle ein förmliches gerichtliches Testament verfertiget, und entstehen nunmehro bey den Intestaterben folgende Fragen:

1) Ob sothanes Testament nicht wegen gewisser Mängel umgestossen werden könne?

2) Ob in Fall selbiges zu Recht bestehen sollte, der überlebende Theil von dem Nachlaße etwas zu veräussern befugt sey?

3) Ob der überlebende Theil nicht zur Herausgebung einer Specification von sothanem Nachlaße angehalten werden könne?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, das beygelegte Protocoll sub. O mit der Unterschrift; Adelich Sommerfeldische Gerichte daselbst. Chr. Fr. Voigt. *m. p.* versehen; ferner darunter, nebst beygedrucktem Gerichtssiegel, von dem dermaligen Gerichtsdirector folgendes gerichtliche Attestat, daß nämlich die Copie dieses Protocolls aus dem im Jahr 1760 geführten Handels- und Consens-Buche der Adelich Sommerfeldischen Gerichte zu Neumark genommen und mit dem daselbst fol. 148 befindlichen Original in allem gleichlautend und übereinstimmend gefunden worden sey, zu befinden ist; in dem Protocolle selbst auch, nebst der Ueberschrift: den 27ten Martii 1760:, gleich zum Eingange die Worte: der Pachter Hanß Christoph Ernst und dessen Eheweib Catharina Elisabetha gebohrne Bräutigammin, bringen *dato* an, wie sie folgende Disposition unter sich errichtet: gesetzt worden sind; solchemnach, daß die darinne enthaltene Disposition den dasigen Gerichten mündlich vorgetragen worden sey, sich, woferne es nicht gewis zu behaupten, jedoch sehr wahrscheinlich muthmasen läßt; ein gerichtliches Testament aber keiner äuserlichen Solennitäten bedarf, massen

es schon dadurch, daß es zu den Acten des Richters gebracht worden, einen öffentlichen Glauben erhält t), und einiger Rechtslehrer Meinung nach, nicht nur ein Testament, welches blos allein vor dem Richter u), sondern auch welches lediglich in Gegenwart des actuarii, dem der Richter seine Stelle zu vertreten aufgetragen, errichtet worden, zu Recht bestehet x); mithin, daß auch die in diesem Protocolle enthaltene Disposition des Hanß Christoph Ernsts und seines Eheweibes, nebst dem darnach förmlich zu Pappier gebrachten gerichtlichen Testamente, wegen gewisser Mängel nicht ungültig sey, oder umgestossen werden könne, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. zu einem mündlichen gerichtlichen Testamente, dergleichen das dermalige, Inhalts des Protocolls sub O. seyn sollen, entweder die Gegenwart des Richters und actuarii, oder wofern der actuarius die Stelle des Richters zugleich vertritt, die Gegenwart zweyer, oder wenigstens eines Gerichtsschöppen erfordert wird, angesehen in dem Fall, da der Richter mit einem actuario versehen, dieser, und nicht er, zu den Acten, um solche gehörig zu führen und das Anbringen der Leute getreulich niederzuschreiben, verpflichtet ist; folgbar um deswillen, weil das mündlich angebrachte Testament, auf eine glaubhafte Art zum Protocoll gebracht werden soll, die Gegenwart des actuarii, damit dieser solches verrichte, nebst dem Richter unumgänglich nöthig ist; desgleichen nun auch in dem Fall, da der actuarius zugleich Richters Stelle vertritt, die Gerichtsschöppen aus der Ursache, weil nach teutscher Gewohnheit, dasienige, so mit dem Gerichte bezeuget oder glaubhaft gemacht werden soll, nicht blos vor einer gerichtlichen Person, dergleichen in diesem Fall der actuarius doch eigentlich nur ist, sondern zugleich vor den Schöppen geschehen muß y), ebenfalls gegenwärtig seyn müssen; diese Meynung auch von nicht wenigen andern Rechtslehrern für gegründeter, als die, so in den Zweifelsgründen angeführet worden, behauptet wird z), massen dasienige, so um deswillen, weil man es zu den Acten des Richters gebracht hat, einen öffentlichen Glauben haben soll, auch in der Art, als es

t) *l. 19. C. de testam.*

u) CARPZOV *part. 3. constit. 3. def. 15.* et *lib. 6. resp. 12.*

x) LEYSER *spec. 354. med. 3.*

y) Sächs. Landr. *lib. 3. art. 88.*

z) BERLICH *part. 1. decis. 85.* FINCKELTHAUS *obs. 63.* STRUV *in iurispr. forens. lib. 2. tit. 15. §. 9.* STRYK *de caut. testam. cap. 7. §. 28.* HELLFELD *in iurispr. for. §. 1410.*

es der Natur der Sache und teutschen Gewohnheiten nach erforderlich ist, zu den Acten gebracht worden seyn muß; ferner auch, weil man bey Testamenten fürnämlich des Testirers seines Willens gewis versichert seyn muß, und leichtlich bey mündlich angebrachten Testamenten die Sache anders, als der Testirer gewollt, niedergeschrieben werden kann, man die Vorlesung des Testaments zumal bey gemeinen Leuten, die ihre Gedanken oftermalen nicht gleich durch Worte deutlich zu erkennen zu geben im Stande sind, nicht unterlassen darf a); in dem beygelegtem Protocolle aber weder dieses, daß das mündliche angebrachte Testament erwehnter beyder Eheleute in Gegenwart des Richters und actuarii, oder in Gegenwart des die Stelle des Richters zugleich vertretenen actuarii mit den Gerichtsschöppen angebracht, noch dieses, daß ihnen das darüber verfertigte Protocoll wiederum vorgelesen sey, anzutreffen ist: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß, wenn diese Mängel würklich bey dem Testamente vorhanden, und selbige nicht etwa blos unaufgeschrieben gelassen worden, das Testament dieserhalb ungültig sey und wiederum umgestossen werden könne.

Die zweyte Frage betreffend, obwohl nach dem Protocolle sub O beyde Eheleute sich einander dergestalt wechselsweise zu Erben ihres Vermögens eingesetzt haben, daß derjenige, so den andern überlebte, alles lebenslang alleine behalten sollte; dem Ansehen nach aber dem überlebenden Theil das Vermögen, zumal da unter selbigen seine eigenen Güter mit befindlich, nichts nutzen dürfte, wenn er davon etwas zu veräussern nicht die Macht hätte; mithin, daß im Fall das Testament zu Recht bestehen sollte, der überlebende Theil von dem Nachlaße etwas zu veräusern gar wohl befugt sey, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. in gedachtem Protocolle sub O ausdrücklich enthalten ist, daß, nach dem Ableben des überlebenden Theils, Johann Friedrich Bräutigam und Elisabetha Margaretha Bräutigammin, Georg Balthasar Bräutigams Tochter, als Universalerben das gesammte Vermögen, folgbar sowohl des Ernstes, als dessen Eheweibes bekommen und gewisse bestimmte Vermächtnisse davon auszahlen sollten; solchergestalt unter der Disposition

a) *Ordin. Notar. de anno* 1512. *tit.* von Testamenten §. 5. STRYK *de caut. testam. cap.* 15. §. 44. BOEHMER *de testamento non praelecto* §. 45. in *exerc. ad Pand.* 75. *pag.* 937.

sition, daß der überlebende Theil von beyden testirenden Eheleuten alles lebenslang alleine behalten sollte, nur von dem lebenswierigen Niesbrauche des gesammten Vermögens zu verstehen ist; wodurch nun auch der überlebende Ehegatte einen genugsamen Nutzen erhält; ein Niesbraucher aber dieienigen Sachen, welche durch den Nutzen nicht consumiret werden, nach geendigtem Niesbrauche in Natur, die andern aber, welche sich ohne Consumtion nicht nutzen lassen, in gleicher Grösse und Güte oder deren Werth, nach geendigtem Niesbrauche, zu restituiren und deshalb Caution zu bestellen hat b): So sind wir der in den Rechten gegründeten Meinung, daß, im Fall das Testament zu Recht bestehen sollte, der überlebende Theil von dem Nachlaße zwar dieienigen Stücke, welche sich ohne Consumtion nicht nutzen lassen, keinesweges aber die übrigen, welche diese Beschaffenheit nicht haben, zu veräussern befugt, jedoch aber auch die usufructuarische Caution den künftigen Universalerben zu bestellen verbunden sey.

Obwohl, bey Erwegung der dritten Frage, man von seinem eigenem Vermögen einem Dritten keine Specification zu verfertigen braucht, und also, daß der überlebende Theil, weil er alles, worunter zugleich sein eigenes Vermögen begriffen, alleine behalten soll, Niemanden eine Specification herauszugeben schuldig sey, es scheinen dürfte.

D. a. u. d. beyde Eheleute durch das Testament einmal festgestellet, daß der überlebende Theil von ihnen ihr beyderseitiges Vermögen nur dergestalt lebenslang behalten sollte, daß er es dereinsten, nach seinem Ableben, den benannten Universalerben hinterliesse; diese also, weil sich beyde Eheleute zuerst einander zu Erben eingesetzet, als Fideicommißerben anzusehen sind, welchen dereinsten das gesammte Vermögen, nach dem Rechte eines Fideicommisses ausgehändiget werden muß c); derjenige aber, welcher mit einem Universalfideicommiß beschweret worden dem Fideicommißerben, damit dieser weiß, was er künftig zu fordern hat, zu Verfertigung eines inventarii, oder eidlichen Specification der mit dem Fideicommiß belegten Güter verbunden ist d): So sind wir

b) *l.* 1. *D. usufructuar. quemad. cau.* 1. 7. 8. *D. de usufr. ear. rer.* §. 2. *l. de usufr.*

c) MANTICA *de coniect. ultim. vol. lib.* 8. *tit.* 1. *num.* 31. CARPZOV *part.* 3. *const.* 7. *def.* 18.

d) BERGER *oecon. iur. lib.* 2. *tit.* 4. *th.* 34. *not.* 4. FABER in *Cod. lib.* 6. *tit.* 11. *def.* 24. STRYK *de caut. testam. cap.* 21. *membr.* 1. §. 12.

wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß der überlebende Theil zur Verfertigung eines *inventarii*, oder eidlichen Specification von sothanem Nachlaße gar wohl angehalten werden könne. V. R. W.

VIII.

Rechtliches Gutachten

nach C** im November 1771.

Von der Gültigkeit eines von dem Gerichtshalter, welcher zugleich Gerichtsschreiber ist, an Gerichtsstelle aufgenommenen Testamentes.

Haben die Sempronitußischen in den hochfürstl. Weimarischen Landen wohnhafften Eheleute, welche mit einander keine Kinder erzeuget, beyderseits ein reciprocirliches Testament errichtet, und gleich hinterher, gleichsam in einer Handlung, ihr gesammtes Vermögen, bey künftigen Sterbefällen, einer gewissen Befreundin durch eine Schenkung unter den Lebendigen dergestalt zugewendet, daß sie diese ganze Handlung an Gerichtsstelle bey dem iustitiario welcher zugleich actuarius ist, der adelich Prudentiußischen Gerichte im Herzogthum Weimar, mündlich angebracht, und selbige von diesem ohne Beyseyn der Gerichtspersonen auf und angenommen worden. Wird dahero gefragt:

> Ob dergleichen von dem *iustitiario* alleine, ohne Beyseyn der Gerichtspersonen, an Gerichtsstelle aufgenommenes Testament oder Schenkung unter den Lebendigen, nachdem in den herzoglich Weimarischen Landen eingeführten Rechten, nicht dergestalt, daß die Succession ohne Testament Statt finden müsse, angefochten werden könne?

Ob nun wohl, gemeinen sächsischen Rechten nach, ausser dem Richter und Gerichtsschreiber, die Schöppen zu Bestellung eines Gerichts erforderlich sind e); Das gemeine sächsische Recht aber, besonders in dem herzogl. sächsischen Landen, folgbar auch in den Weimarischen, in soweit selbiges nicht durch neuere Gesetze und Gewohnheiten abgeändert worden, zur Entscheidung gebraucht wird f); und dann das dermalige recipro-

e) Sächs. Landr. *lib. 3. art. 88.* *germ. part. 4. cap. 6. §. 15.*
f) BRUNQUELL in *historia iuris rom.*

ciprocirliche Testament, nebst der damit vereinigten Schenkung, blos vor dem iustitiario alleine, ohne Beyseyn der Gerichtspersonen oder Schöppen, errichtet worden; mithin daß dieses Testament und Schenkung, nach den in den herzoglich Weimarischen Landen eingeführten Rechten, als ungültig dergestalt, daß die Succession ohne Testament Statt finden müsse, angefochten werden könne, man dafür halten möchte:

D. a. u. d. die angezogene Stelle des sächsischen Landrechtes Handlungen nicht freywilliger Gerichtsbarkeit, oder sogenannte actus contentiosae iurisdictionis betrift; dafür nun aber die Errichtung eines Testaments und einer Schenkung nicht zu halten; wenigstens, daß bey einen gerichtlichen Testament und Schenkung nothwendig auch ein oder mehrere Schöppen vorhanden seyn müssen, weder in den gemeinen Rechten, noch, so viel uns wissend, in den Weimarischen Landen durch geschriebene Gesetze verordnet ist; vielmehr die gemeinen Rechte wollen, daß im zweifelhaften Fall für die Aufrechterhaltung eines letzten Willens gesprochen werden solle g); sowohl bey solchen Handlungen einer freywilligen Gerichtsbarkeit es hauptsächlich auf deren Gewißheit ankommt, daß man von dem Willen dererienigen, welche solche unternommen haben versichert seyn kann; und dieserhalb nun auch nach gemeinen sächsischen Rechten, ein vor dem Richter und Gerichtsschreiber so gar ausserhalb der Gerichtsstelle aufgenommenes Testament zu Recht bestehet h); sowohl der öffentliche Glaube eines iustitiarii, welcher, wie dermalen zugleich actuarius ist, um deswillen, weil er wegen des Actuariats zugleich zum Protocolliren in eydliche Pflicht genommen worden, sich nicht bezweifeln läst; und dahero ein Testament, welches vor ihm an Gerichtsstelle ohne Beyseyn einiger Schöppen aufgenommen worden, wegen dieser nicht vorhanden gewesenen Schöppen, nicht umzustossen, sondern vielmehr zu erhalten ist i); auch überdem eine Schenkung unter den Lebendigen, wann sie nicht 500 Soliden übersteiget, nicht einmahl einer gerichtlichen Insinuation bedarf k). So sind wir der rechtlichen Meinung, daß, wofern nicht an dem Orte des errichteten Testaments oder Schenkung durch eine besondere Gewohnheit ein anderes eingeführet worden,

 das

g) *Nou. 22. cap. 2. in princ.*

h) STRVV in *Iurisprud. for. lib. 2. tit. 15. §. 9. in fin.*

i) WERNHER *part. I. obs. 26.* LEYSER *spec. 356. med. 3.* SCHAVMBVRG *in digestis lib. 28. tit. I. §. 13. in fin.*

k) *l. 36. §. vlt. C. de donat. §. 2. I. de donat.*

das von sothanen iustitiario alleine, ohne Beyseyn der Gerichtspersonen, an Gerichtsstelle aufgenommene Testament oder Schenkung unter den Lebendigen nach den in den herzoglich Weimarischen Landen eingeführten Rechten, nicht dergestalt, daß die Succession ohne Testament Statt finden müsse, angefochten werden könne. V. R. W.

VIIII.

Rechtliches Gutachten

nach W** in August 1769.

Von verschiedenen Fragen, so ein von dem Richter und Actuar ausserhalb der Gerichtsstätte von dem Testirer aufgenommenes Testament betreffen.

Als uns nachstehende Geschichtserzehlung, mit den Abschriften eines Testaments sub A, eines Uebergabe Protocolls sub B, und einer Impugnations Schrift sub C, nebst sechs Fragen zugeschicket und darüber Unsere Rechtsbelehrung gebeten worden, demnach sprechen wir vor Recht:

Hat M. E. W** eine Priesterwittbe, zu N**, am 7den Jenner des 1767sten Jahres das Testament sub A von ihrem Curator auffsetzen lassen, und, da sie Schwachheits halber an Gerichtsstelle nicht erscheinen können, solches, an eben dem Tage, dem dazu erbetenen Justizbeamten, dem Commissionsrath und Amtmann A** und dem Commissions Secretair und Actuar H** in ihrer Behausung, laut des Uebergabe Protocolls sub B, insinuiret. Ist darauf die Testirerin in März des ietztlaufenden 1769sten Jahres gestorben und deren letzter Wille vom fürstl. Amte N** gehörig eröfnet worden. Wird nun aber dieses Testament von einem zu E** befindlichen Anverwandten in der Impugnationsschrift sub C, aus verschiedentlichen Gründen angefochten, und dieserhalb nunmehro von den Testamentserben gefraget:

1) Ob nach den gemeinen sächsischen Rechten, und besonders in den fürstl. Weimarischen Landen, ein von dem Richter und Actuar ohne Schöppen ausserhalb der Gerichtsstätte aufgenommenes Testament ungültig sey?

2) Ob

2) Ob in den Weimarischen Landesgesetzen wegen der Aufnahme der Testamente ausserhalb der Gerichtsstelle ausdrücklich etwas vorgeschrieben, oder nicht vorgeschrieben ist, und ob, letztern Falls, die Chursächsischen Constitutionen und Decisionen in den Weimarischen Landen eingeführet sind und darnach gesprochen wird?

3) Ob den Rechten nach, die zwischen dem Richter und Actuar sich befindende Schwägerschaft die von ihnen geschehene Aufnahme eines Testamentes ungültig mache?

4) Ob ein schriftliches Testament, welches der Testirer in seiner Behausung dem Richter und Actuar übergeben hat, um deswillen, weil in dem Testamente des Actuars Schwiegermutter mit zum Erben eingesetzet worden, nicht bestehe?

5) Ob dadurch, daß zu Ende des Testaments *sub A*, die Worte: es solle versiegelt übergeben werden: zwar gesetzet worden, die Versiegelung aber hernach nicht geschehen ist, der Gültigkeit sothanen Testaments *sub A*, etwas benommen worden?

6) Ob besagtes Testament deshalb, weil es von einem vertrautem Freunde und Vetter des Richters und Actuars abgefaßt und ins Reine geschrieben worden, mit Bestande Rechtens angefochten werden könne?

Ob nun wohl die erste Frage belangend, 1) gemeinen sächsischen Rechten nach, ausser dem Richter und Gerichtsschreiber die Schöppen zu Bestellung eines Gerichts erforderlich sind l); das sächsische Recht aber besonders in dem herzoglich sächsischen Landen, folgbar auch in dem Weimarischen, in so weit selbiges nicht durch neuere Gesetze und Gewohnheiten abgeändert worden, zur Entscheidung gebraucht wird m); sowohl Quärentens Gegner auf die Meinung des Richters, decis. 30. num. 25, nach welcher ein ausserhalb dem Gerichtsorte errichtetes Testament, ohne Beyseyn der Schöppen nicht aufgenommen werden könnte, sich beziehen; und 3) zu deren Bestärkung einige Rechtssprüche sub ☉, ☽, ♃ und ♂ anführen; mithin, daß nach den gemeinen sächsischen

 Rechten

l) Sächs. Landr. *lib. 3. art.* 88.

m) BRVNNQVELL in *historia iuris romano-germanici*, *part. 4. cap. 6. §. 15.*

Rechten und besonders in den fürstl. Weimarischen Landen, ein von dem Richter und Actuar ohne Schöppen ausserhalb der Gerichtsstätte aufgenommenes Testament ungültig sey, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. dem Gerichtsbrauche nach, bey Geschäften, welche zur freywilligen Gerichtsbarkeit gehören, dergleichen die Insinuation eines Testaments ist, schon die Gegenwart des Richters und Gerichtsschreibers, oder, Falls beydes in einer einzigen Person vereiniget worden, die Gegenwart dieser Person und eines Schöppens für hinreichend geachtet wird n), hingegen ad 1) die angezogene Selle des sächsischen Landrechts Handlungen nicht freywilliger Gerichtsbarkeit betrift; sodann ad 2) Richter in der gleichfalls angeführten Stelle nur die Meinung, daß es nicht genug sey, blos allein dem Richter ausser der Gerichtsstelle sein Testament zu übergeben, behauptet; dermalen aber von einem dem Richter und Gerichtsschreiber insinuirten letzten Willen die Rede ist; ferner ad 3) solche Rechtssprüche eines Theils einem Dritten weder nachtheilig seyn, noch sonst ein gemeines Recht abgeben mögen, besonders auch das Erkänntniß sub ☉, einen in Chursachsen vorgekommenen Fall betrift, und das sub ☽, auf die Braunschweigischen Landrechte gegründet worden, desgleichen das sub ♃, sich ebenfalls auf eigene Stadtrechte beziehet, und endlich das sub ♂, mit dem obigen, sub ☉, gleichen Innhalts ist. So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß, nach den gemeinen sächs. Rechten und besonders in den fürstl. Weimarischen Landen, ein von dem Richter und Actuar ausserhalb der Gerichtsstätte aufgenommenes Testament, aus der Ursache, daß keine Schöppen mit hinzugezogen worden, nicht ungültig sey.

Ob Uns wohl, bey der zweyten Frage, kein Weimarisches Landesgesetz, worinne wegen der Aufnahme der Testamente ausserhalb der Gerichtsstelle ausdrücklich etwas vorgeschrieben wäre, bekannt ist; an nicht wenigen Orten aber die Chursächsische Constitutionen und Decisionen, in Mangel eigener Gesetze, zur Entscheidung gebraucht werden; folglich, daß selbige auch in Weimarischen Landen eingeführet wären und darnach gesprochen würde, es das Ansehen gewinnen will;

D. a. u. d.

n) STRVV in *synt. iur. ciu. exerc.* 32. *th.* 9. et *in Iurispr. for. lib.* 2. *tit.* 15. §. 9. *in fin.* LVDOVICI in diss. *de actuarii praesentia in actu testandi*, §. 21.

D. a. u. d. teutscher Landesherren ihre Gesetze ausserhalb dem Gebiethe ihres Landes keine Gesetzkraft haben, wofern ihnen selbige nicht durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen, mittelst einer Aufnahme oder Gewohnheit beygeleget worden ist; keines von beyden aber mit den Chursächsischen Constitutionen und Decisionen in den Weimarischen Landen geschehen ist: So sind auch die Chursächsische Constitutionen und Decisionen in den Weimarischen Landen nicht eingeführet und wird dahero auch daselbst nach selbigen nicht gesprochen.

Obwohl, die dritte Frage betreffend, die Schwägerschaft zwischen zweyen Personen diese in eine genauere Verbindung setzet, worinne sie vor deren Entstehung nicht gewesen; und also, daß, den Rechten nach, die zwischen dem Richter und Actuar sich befindende Schwägerschaft die von ihnen geschehene Aufnahme eines Testaments ungültig mache, es scheinen dürfte:

D. a. u. d. bey solchen Geschäften, wobey der Richter und Actuar vor ihre Person nicht selbst interessirt sind, durch die unter beyden seyende Schwägerschaft der gerichtlichen Glaubwürdigkeit nichts benommen wird; dieses auch bey schriftlich errichteten Testamenten um so mehr Statt findet, als der Wille des Testirers aus der von diesen vollzogenen Scriptur erhellet; und selbst die Gesetze ausdrücklich verordnen, daß die unter den Testamentszeugen sich befindende Verwandschaft, der Gültigkeit des Testaments nichts entziehen sollte o); So sind Wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß, den Rechten nach, die zwischen dem Richter und Actuar sich befindende Schwägerschaft, an und vor sich betrachtet, die von ihnen geschehene Aufnahme eines Testaments nicht ungültig mache.

Obwohl, in Ansehung der vierten Frage, der Umstand, daß des Actuars Schwiegermutter in dem Testamente mit zum Erben eingesetzet worden, so beschaffen, daß des Actuars eigener Vortheil mit der Erhaltung des Testaments verknüpft, und also derselbe wegen des wider ihn streitenden Verdachts für keine tüchtige Person, welche auf gültige Art bey dem Testamente gegenwärtig seyn können, anzusehen seyn möchte; mithin, daß ein schriftliches Testament, welches der Testirer in seiner Behausung dem Richter und Actuar übergeben hat, um deswillen, weil in dem Testamente

o) §. 8. *I. de testam. ordin. l.* 17. D. *de testib.*

stamente des Actuars Schwiegermutter mit zum Erben eingesetzet worden, nicht bestehe, dafür gehalten werden dürfte.

D. a. u. d. die Gesetze nur dieienigen, welche unter des Testirers, oder Erbens Gewalt sich befinden, zu Zeugen bey einem Testamente nicht zulassen p); keinesweges aber dieienigen, welche mit dem Testirer, oder Erben in einer Schwägerschaft stehen, Testamentszeugen abzugeben verbieten; es auch unbillig seyn würde, wenn man das Testament für ungültig achten und den Erben um deswillen, weil der Testirer einen von des Erben Verwandten oder Schwägern zum Zeugen bey seinem Testamente gebrauchet, die Erbschaft entziehen wollte, wenn er zumal durch unerlaubte Handlungen, wie nicht zu vermuthen stehet, den Testirer, ihn zum Erben einzusetzen, nicht überredet hat, und sonst auf andere Art der letzte Wille nicht erwiesen werden mag; sothane Betrügerey auch von einem Gerichtsschreiber, weil er in Eid und Pflicht stehet, um soweniger zu vermuthen, als er davon, daß seine Schwiegermutter zum Erben eingesetzet worden, nicht unmittelbar einen Gewinst hat, solchemnach der Verdacht einer Hintergehung, in Mangel andrer Umstände, wider ihn von gar keiner Erheblichkeit ist, um somehr, als das Testament von der Testirerin selbst unterschrieben und hieraus der Wille, nicht aber aus des Actuars Protocoll, ersehen wird: So achten Wir dem Rechten gemäs zu seyn, daß ein schriftliches Testament, welches der Testirer in seiner Behausung dem Richter und Actuar übergeben hat, blos aus der Ursache, weil in dem Testamente des Actuars Schwiegermutter mit zum Erben eingesetzet worden, nicht umgestossen werden könne.

Ferner, auf die fünfte Frage zu kommen, obwohl dieses, daß die Testirerin ihr Testament sub A. versiegelt übergeben wollen, und solches nachhero nicht gethan, eine Unrichtigkeit zu verrathen, und also die unterlassene Versiegelung des Testaments sub A. demselben etwas in seiner Gültigkeit zu nehmen scheinet:

D. a. u. d. der letzte Wille ein einseitiger Wille ist, den der Testirer bekandter massen ändern, ia gar wiederum aufheben kann, niemand auch sich selbst etwas, wovon er nicht wiederum abgehen könnte, vorschreiben mag; sowohl die Gesetze zu einem schriftlichen Testament, daß der Testirer

p) §. 9. et 10. *I. de testam. ordin.*

Testirer selbiges zugleich versiegele, keinesweges erfordern, vielmehr die unterlassene Versiegelung die Gewißheit des Testirers seines letzten Willens, damit es ihm noch einmal vorgelesen werden könne, befördert. So sind wir der in Rechten gegründeten Meinung, daß durch die zu Ende des Testamentes *sub A.* befindlichen Worte: es sollte versiegelt übergeben werden: und die demohnerachtet unterbliebene Versiegelung der Gültigkeit des Testaments *sub A.* keinesweges etwas benommen werde.

Endlich, in Erwägung der sechsten Frage, obwohl, dem Ansehen nach, daraus, daß das Testament sub A. von einem vertrauten Freunde und Vetter des Richters und Gerichtsschreibers aufgefaßt und ins Reine geschrieben worden, der Verdacht entstehet, daß es wohl mit solchem Testament nicht auf das richtigste zugegangen seyn möchte; mithin, daß selbiges deshalb mit Bestande Rechtens angefochten werden könnte, zu urtheilen veranlassen dürfte:

D. a. u. d. Quärent in seiner Geschichtserzehlung den Umstand, daß erwehnter Vetter des Richters und Gerichtschreibers der Curator der Testirerin gewesen sey, gedacht hat; ein Curator auch den letzten Willen seiner Curandin, welchen niederzuschreiben sie ihm aufträget, gar wohl zu Pappier bringen und sauber wieder abschreiben mag, ob er schon mit den Gerichtspersonen, welche dieses Testament nachhero aufnehmen, in einer Verwandtschaft steht, massen daher, daß er den letzten Willen seiner Curandin anders, als worinne er bestanden, niedergeschrieben habe, nicht gefolgert werden mag, bevorab da das dermalige Testament, Inhalts des Uebergabe Protocolls sub B., der Testirerin wiederum vorgelesen ist, und sie darüber ihre Gedanken mit einiger Aenderung dieses ihres Testaments genau zu erkennen gegeben hat: So achten Wir den Gesetzen gemäs zu seyn, daß besagtes Testament, deshalb, weil es von einem vertrauten Freunde und Vetter des Richters und Actuars aufgefaßt und ins Reine geschrieben worden, mit Bestande Rechtens nicht angefochten werden könne. V. R. W.

X.

Rechtliches Gutachten

nach O** in April 1763.

1. Von einem nach den gemeinen sächsischen Rechten gültigen Testamente, welches blos vor dem Richter und einem oder zwoen Schöppen, oder vor dem Richter und Gerichtsschreiber ohne Beyseyn eines Schöppens aussergerichtlich aufgenommen worden ist.

2. Von dem Eyde, welchen man jemanden darüber, daß der Testirer durch ungestümes Anhalten zur Errichtung seines Testaments gebracht worden, zuschieben will.

Als Uns nachstehende Geschichtserzehlung, nebst einigen Fragen zugeschicket und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen Wir vor Recht:

Haben in einem herzoglich sächsischen Orte, wo der Amtmann und Actuarius in allen Civilsachen das Gerichte allein besetzen, und nur in Centsachen die so genanten Centschöppen, keinesweges aber einige Schöppen bey gerichtlichen Testamenten pflegen hinzugezogen zu werden, als welche daselbst bishero vor dem Amtmann und zwey Rathsherren oder Zwölfern, oder aber vor dem Amtmann und Actuarius, ohne in Widerspruch zu kommen, errichtet worden, die Eheleute Titius und Seja, wegen nicht vorhandener Kinder, aussergerichtlich in ihrer eigenen Behausung vor dem Amtmann und zwey Rathsherren oder Zwölfern, so aber keine Schöppen sind, ein reciprocirliches Testament errichtet, vermöge dessen sie einander zu Universalerben eingesetzet, Titius auch jedem seiner weitläuftigen Seitenverwandten 5 fl. vermachet, der Cajae Anverwandten aber, Titius mag zuerst oder zuletzt mit Tode abgehen, respective nach des Titii oder Cajae Ableben, auf eine gewisse im Testamente angeführte Mase, in beyderseits Vermögen succediren sollen. Lassen beyde Eheleute nach der Zeit, da Titius auf den letzten Krankenbette lieget, nachdem das Amt durch einen Anverwandten der Cajae und im letzten Testamente mit substituirten Erben darzu ersuchet worden, in ihrem Hause von dem Amtmann und Actuarius ein anderweitiges reciprocirliches Testament von ihnen

nen anhören und niederschreiben; welches von dem ersten nur in ein und andern Nebenpuncten und sonderlich in Ansehung der Mase, wie der Cajae Anverwandten dereinstens in das beyderseitige Vermögen succediren sollen, unterschieden ist. Wird also gefraget:

1) Ob dieses letztere Testament, da keine Schöppen, sondern nur der Amtmann und der Actuarius zugegen gewesen, gültig sey?

2) Ob nicht des *Titii* Seitenverwandten, nachdem nunmehro dieser verstorben, der *Cajae* den Eyd deferiren können, daß sie *Titium* durch ungestümes Anhalten zu diesem Testamente gebracht haben?

3) Ob insbesondere von des *Titii* Seitenverwandten angegeben werden müsse, worinne diese ungestümen Anreizungen bestanden haben? Oder auch

4) Ob nicht die Umstände deutlich zu benennen, woraus diese ungestümen Anreizungen zu schliessen sind?

5) Ob nicht, wenn Caja sterben sollte, denen in Testamente substituirten Erben und sonderlich demjenigen, der das Amt zu Aufnehmung des Testaments ersuchet hat, über diese ungestümen Anreizungen das *iuramentum credulitatis* deferiret werden könne?

Obwohl, was die erste Frage anlanget, einige Rechtslehrer q), der Meinung sind, daß wenigstens zwo Gerichtspersonen zur Aufnehmung eines seines letzten Willens erforderlich wären, wenn es zu Recht beständig geachtet werden sollte; unter selbigen aber wohl die Schöppen, als Gerichtsbeysitzer r), keinesweges aber der Actuarius gerechnet würden s); deshalb auch nach den neuen chursächsischen Rechten, ein vor dem Richter und Actuarius errichtetes aussergerichliches Testament nicht bestehet, wofern nicht zugleich ein Schöppe mit zugegen gewesen ist t); und dahero, daß das vor dem Amtmann und Actuarius errichtete Testament ungültig sey, es scheinen dörfte:

 D. a. u. d.

q) FINCKELTHAVS *obs.* 63. BERLICH *par. I. decis.* 85. *p.* 3. *def.* 18. WERNHER *p.* I. *obs.* 26. n. 2.

r) *arg. l. vlt. D. de offic. assess.*

s) *arg. l.* 15. *C. de decur.* CARPZOV

t) *Decis. elect.* 73.

D. a. u. d. nach gemeinen sächsischen Rechten, bey aussergerichtlichen öffentlichen Testamenten schon die blosse Gegenwart des Richters, ohne Beyseyn des Actuarius, hinlänglich, und allenfals, nur zu Verhüthung alles Verdachtes, die Mitgegenwart eines oder zwoer Gerichtsschöppen erforderlich ist u); dieses auch, nach bewährter Rechtslehrer Zeugniß, immer beobachtet und für rechtsbeständig geachtet worden x); und also von der Gültigkeit eines von dem Richter und Actuarius zugleich ausser Gericht angehörten und niedergeschriebenen Testamentes nach gemeinen sächsischen Rechten um so weniger zu bezweifeln ist y); zumahl da auch Quärent berichtet, daß in dem dasigen herzoglich sächsischen Orte dergleichen Testamente bishero, ohne in Widerspruch zu kommen, errichtet worden, mithin auch die neue chursächsische Verordnung daselbst von gar keiner entgegen stehenden gesetzlichen Kraft seyn kann:

So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß das vor dem Amtmann und Actuarius errichtete Testament um deßhalb, daß keine Schöppen darbey gewesen, keinesweges als ungültig angesehen werden könne.

Die zweyte, dritte und vierte Frage betreffend, obwohl sonst die Eydesdelation eine Art des Beweises ist z); selbige aber in allen und jeden auch ehrlos machenden Sachen, wenn deshalb blos auf die Ersetzung des daher erlittenen Schadens geklaget wird, statt findet a); dergestalt, daß auch einige dafür halten, wie dasjenige, worüber man den Eyd deferirte, vorhero in etwas nicht brauche bescheiniget zu werden b); und also, daß des Titii Seitenverwanden der Cajae, wegen der ungestümen Anreitzungen gar wohl, ohne selbige, besonders zu benennen oder auch deutlich die Umstände anzugeben, woraus sie zu schließen, den Eyd, deferiren könnten, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. für den freyen Willen des Erblassers, da dieser vor den Gerichtspersonen deshalb nichts geäusert hat, die Vermuthung streitet und

u) BERGER *Oec. iur. lib.* 2. *tit.* 4. §. 2. *not.* 5. RICHTER *decis.* 30. *n.* 24. und 25.

x) LYNCKER *resp.* 13. n. 12. *seq.* LEYSER *spec.* 71. *med.* 5. *et* 6. und *spec.* 354. med. 1. 2. ENGAV *par. I. decis.* 345.

y) STRVV *in iurispr. for. lib.* 2. *tit.* 15. §. 9. *in fin.*

z) MEVIVS *par.* 4. *decis.* 6.

a) *l.* 9. §. 2. *D. de iureiur.* LEYSER *spec.* 135. *med.* 9.

b) CARPZOV. *par.* 2. *const.* 12. *def.* 2. LEYSER *spec.* 135. *med.* 5.

und dadurch, daß die Ersuchung der Gerichtspersonen, laut der Geschichtserzählung, zu Aufnehmung seines letzten Willens durch einen Anverwandten der Cajae und in Testament mit substituirten Erben geschehen, noch nicht geschwächet wird; auch selbst der bey den Zweifelsgründen angeführte Carpzov an einer andern Stelle c) über die vorgegebene Furcht und ungestümes Anhalten, wodurch das Testament erpreßt worden seyn soll, keiner Eydesdelation Raum geben will; nicht minder andere bewährte Rechtslehrer, damit der Gegentheil sein Gewissen hinlänglich bedenken, oder auch mit Beweiß gehörig vertreten könne, dieser letztern Meinung des Carpzovs billig unter der Einschränkung woferne das vorgegebene ungestüme Anhalten nicht durch Anführung einiger besondern Umstände glaubhaft gemacht werden kann, beytreten d): So gehet unser in den Rechten gegründetes Gutachten dahin, daß des *Titii* Seitenverwandten der *Cajae* über die ungestümen Anreizungen den Eyd deferiren können, wenn sie selbige besonders angeben, oder einige hinlängliche Umstände deutlich benennen, woraus selbige zu schliessen sind.

Endlich die fünfte und letztere Frage anlangend, ob wohl jemand, wenn er seine Unwissenheit vorschützet, dennoch von selbiger oder von seinem wahrscheinlichen Wissen oder Glauben ein eydliches Zeugnis ablegen muß e); und also, fals nach der Cajae Tode, die in dem Testamente substituirte Erben, und sonderlich derjenige, der das Amt zu Aufnehmung des Testaments ersuchet hat, seine Unwissenheit wegen des von der Cajae ausgeübten ungestümen Anhaltens vorwenden sollte, daß ihm darüber das juramentum ignorantiae oder credulitatis deferirt werden könne, es scheinen dürfte:

D. a. u. d. die Eydesdelation nur in dem Falle statt findet, wenn solche einen Nutzen bringen kann f); selbiger aber in gegenwärtigen Falle nicht daraus erwachsen würde, sintemal die Testamente in den Rechten eine große Gunst haben und so viel nur immer möglich erhalten werden müssen

c) in *iurispr. foren. par.* 3. *const.* 5. *def.* 14.

d) MEVIUS *par.* 6. *decis.* 405. *n.* 9. BERGER in *elect. disc. for. supplem. II. tit.* 18. *num. XII. pag.* 403. RIVINUS *tit.* 18. *enunc.* 10. ENGAU *par.* 2. *decis.* 68. *num.* 9.

e) Sächs. Landrecht *lib.* 3. *art.* 2. COLER *par* 1. *decis.* 116. *n.* 7.

f) RICHTER *decis.* 99. *num.* 160.

sen g);folgbar zur Umstossung eines Testaments nicht das blosse Glauben eines andern, sondern eine Gewißheit von denen bey dessen Errichtung vorgefallenen und selbiges entkräftenden Umständen erforderlich ist: So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß, nach der *Cajae* sich ereignenden Tode, vorgedachten Personen über der *Cajae* ungestümes Anhalten das *juramentum credulitatis* nicht zugeschoben werden könne. V. R. W.

XI.

Rechtliches Gutachten

nach T** in April 1770.

Die Insinuation eines Testaments kann zwar vor einem Civil- nicht aber Criminalrichter, von einem Testirer, der ihm nicht unterwürfig ist, geschehen, jedoch darf ein solcher Richter das Testament nicht ausserhalb seinen Gerichtsbezirke aufnehmen, wofern er solches nicht hergebracht hat.

Als Uns nachstehende Geschichtserzehlung mit vier Stükchen Acten, nebst einer Frage zugeschicket und darüber Unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen wir vor Recht:

Hat im September des vorigen 1769sten Jahres der Herr Rath und Amtmann D. Jacobs, zu Tenneberg, mit dem Amts Commissario und zweyen Gerichtsschöppen, des Herrn von Bentheims, zu Waltershausen, seinen lezten Willen in dessen in des Raths Weichbilde gelegenen Hause, auf sein Ersuchen, auf und angenommen. Hat aber der dasige Stadtrath dieser in seinem Weichbilde von dem Amte unternommenen Handlung, als einem Eingrif in seine Erbgerichte, widersprochen. Entstehet dahero die Frage:

Ob das Amt Tenneberg des Herrn von Bentheims Testament in seinem, des Stadtraths zu Waltershausen, Weichbilde gelegenen

g) CARPZOV *par. 2. decis. 148. num. 28.* STRYK *in caut. testam. cap. 14. §. 10.*

genen Hause auf und anzunehmen befugt sey? oder ob dieser Stadtrath darüber, als einen Eingrif in seine Erbgerichte, Beschwerde zu führen Rechtsgegründete Ursache habe?

Ob nun wohl 1) ein gerichtliches Testament vor einem jeden Richter auf rechtsbeständige Art errichtet werden kann h); sodann 2) die Aufnahme eines Testamentes unter die Handlungen einer freywilligen Gerichtsbarkeit (actus voluntariae iurisdictionis) gehöret i); und dieserhalb auch von einem jeden Richter, der nur das Recht Acten zu verfertigen hat, sowohl in seiner gewöhnlichen Gerichtsstube, als auch ausserhalb derselben unternommen werden mag, obgleich sonst der Testirer seiner Gerichtsbarkeit nicht unterwürfig seyn sollte k); massen bey einem gerichtlichen Testamente der Richter nur, Statt der nicht zu beobachtenden Solennitäten eines Privattestamentes, und zum Beweiß, daß das Testament ohne alle Hintergehung, des Testirers wahrer Wille gewesen, angegangen wird l); dergleichen Endzwek aber bey einem jeden Richter, wenn er gleich über den Testirer keine Gerichtsbarkeit haben sollte, zu erreichen stehet; dahero denn 3) verschiedene angesehene Rechtslehrer in den Gedanken stehen, daß ein Richter auch ausserhalb dem Gebiethe seiner Gerichtsbarkeit an einem fremden Orte, woselbst ihm keine Gerichtsbarkeit zustehet, von Jemanden, der ihm nicht unterwürffig ist, auf dessen Ersuchen, ein Testament aufnehmen könne m), und zu Begründung dieser Meinung darauf, daß dergleichen zu unternehmen in den Gesetzen nirgends verbothen, sondern vielmehr ausdrücklich verstattet wäre, sich beziehen n); hierzu nun auch 4) in gegenwärtigem Falle besonders noch dieses

h) *L. 19. C. de testamentis.* Worinnen es ausdrücklich heißt: Securas erit qui actis *cuiuscunque* iudicis - - mentis suae postremum publicauit iudicium.

i) BERLICH *part.* III. *concl.* 4. num. 12.

k) *L. 15. §. vlt. D. de manumiss. vind.* dessen Worte sind: Hi qui in Italia vel alia prouincia domicilium habent *apud alterius prouinciae Praesidem* consilio adhibito manumittere possunt. BERLICH *part.* III. *concl.* 4. *num.* 8-13. MEVIUS *part.* 3. *decis.* 195. PUFENDORF *de iurisdictione germanica, part.* I. *cap.* 4. §. 57.

l) *l.* 19. *C. de testamentis.*

m) CARPZOV *part.* 3. *decis.* 293. *num.* 14. *sqq.* STRYCK in tract. *de cautelis testamentorum cap.* 7. §. 36. LEYSER in *medit. ad pand. spec.* 354. *med.* I.

n) *l.* 36. §. 1. *D. de adoption.* Woselbst es hieße: Apud proconsulem *etiam in ea prouincia, quam sortitus non est,* et manumitti et in adoptionem dari posse, placet.

ses kommt, daß das Amt Tenneberg bereits in den Jahren 1728, 1737, 1750 und 1757, in solchen Häusern, welche in des Stadtraths, zu Waltershaussen, Weichbilde gelegen, ohne Widerspruch des Stadtraths, Testamente auf und abgenommen hat; mithin, daß das Amt Tenneberg auch des Herrn von Bentheims Testament in seinem des Stadtraths zu Waltershausen Weichbilde gelegenem Hause auf und anzunehmen befugt gewesen, und dahero dieser Stadtrath darüber, als einen Eingrif in seine Erbgerichte, Beschwerde zu führen keine rechtsgegründete Ursach habe, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. ad 1) derienige nur für einen Richter zu halten ist, dem in Ansehung der Person, oder der Sache, wobey er seiner Autorität sich bedienen will, eine Gerichtsbarkeit zustehet; und dieserhalb ein Richter, welchem an einem Orte entweder gar keine, oder doch wenigstens in Ansehung der Sache keine Gerichtsbarkeit zustehet, daselbst Handlungen eines Richters auszuüben nicht befugt ist o); folgbar ein Richter, der an einem Orte nur die peinliche Gerichtsbarkeit hat, in solchen Sachen, welche in die Civilgerichte einschlagen, dergleichen nun auch offenbar die Aufnahme eines Testaments ist, eine Civilhandlung, sie mag einer freywilligen, oder strittigen Gerichtsbarkeit seyn, zu unternehmen kein Recht hat; und dahero von bewährten Rechtslehrern, daß die Insinnation eines Testaments nur allein vor dem Civilrichter, nicht aber vor dem Criminalrichter geschehen müsse, wohl gegründet behaupten p); aus des Quärentens Geschichtserzehlung aber abzunehmen gewesen, daß dem Amte Tenneberg zu Waltershausen, in Ansehung der Stadt Weichbild nur alleine die peinliche Gerichtsbarkeit zustehet; und wenn nun gleich ad 2) die Rechte vor einem ieden Civilrichter ein Testament zu errichten verstatten, ob schon der Testirer demselben für seine Person nicht unterworfen ist, solches iedoch vor dem Amte Tenneberg, aus der eben angezeigten Ursache, nicht geschehen mag; so wohl ad 3) aus dem, daß die Aufnahme eines Testamentes eine Handlung freywilliger Gerichtsbarkeit sey, der Satz, daß deshalb auch ein Richter ausserhalb seinem Gerichtsgebiethe Testamente aufnehmen könne, ungegründet gefolgert wird, angesehen, wenn Jemanden an einem Orte gar keine Civilgerichtsbarkeit zustehet, er daselbst

o) *L. 20. D. de iurisdictione.* §. 24. *et* 25. PUFENDORF *de iurisd.*
p) STRYCK *de caut. testam. cap.* 7. *germ. part.* 2. *sect.* 4. *c.* VII. §. 14.

selbst auch keine Art derselben auszuüben die Macht hat; und dergleichen zu unternehmen, vermöge des obangezogenen l. 20. D. de iurisdict. allerdings verbothen ist, zumal da in Teutschland iedem Richter wegen der Nutzungen, so mit der Gerichtsbarkeit verknüpft sind, daran besonders gelegen ist, daß ihm in selbiger von einem andern kein Eintrag geschehe; diesem auch der l. 36. §. 1. D. de adoption. nicht entgegen stehet, eines Theils, weil überhaupt dasienige, was in dem römischen Rechte von der Gerichtsbarkeit besonderer obrigkeitlichen Personen enthalten ist, auf die Teutschen von ienen ganz verschiedenen Obrigkeiten sich nicht so schlechterdings anwenden lässet q); andern Theils sothanes Gesetz welches von dem Rechtslehrer Paulus herrühret, nach dem in den Zweifelsgründen bereits angezogenen l. 15. §. vlt. D. de manumiss. vind. welcher sich von eben dem Rechtsgelehrten herschreibet, auszulegen ist, daß nämlich die Manumission und Adoption auch vor dem Proconsul von einem solchen Manumittenten und Adoptanten geschehen könne, welcher in der Provinz des Proconsuls nicht seinen Wohnsitz hat, sondern aus einer andern dem Proconsul nicht zugehörigen Provinz ist; und ob dahero gleich denen Personen, welche unter dem Waltershäusischen Stadtrathe stehen, es vergönnet seyn würde, vor dem Amte Tenneberg, in soferne selbigem auch wegen der unter sich habenden Dorfschafften die Civilgerichtsbarkeit zukommt, ein Testament ausserhalb der Stadt Weichbilde zu errichten, dieses iedoch, ob ausgeführten Gründen nach, in der Stadt Weichbilde eben so wenig geschehen darf, als wenig der Stadtrath in den Amtsdorfschaften Jemandes lezten Willen auf und anzunehmen berechtiget ist; wie denn dahero auch ad 4) bey dem im Jahr 1737 geschehenen Falle, da der damalige Amtmann, auf vorgängiges Ersuchen Marien Catharinen von Vippach, deren mündliches Testament in ihrem auch in des Raths Weichbilde gelegenen Hause, zu Waltershausen, durch den damaligen Amtscommissair auf und annehmen lassen, dasselbe nachhero, iuxt. fol. act. 3. an die herzogl. Landesregierung zur Confirmation eingeschicket und diese auch würklich, iuxt. fol. act. 11. b, darauf ertheilet worden ist; welche Confirmation aber nicht nöthig gewesen seyn würde, wenn die von dem Amte geschehene Aufnahme des Testaments schon an und vor sich gültig gewesen wäre; und ob gleich bey dem im Jahre 1750 vorgekommenen Falle, der Stadtrath die von dem Amte in einem der Stadt Weichbilde unterworfenen Hause geschehene Testamentsaufnahme,

q) GERH. FELTMANN in *Commentar. ad digestorum lib.* I. *tit.* VII. *leg.* 36. §. 1.

nahme, iuxt fol. act. 2. et 5 6, als einem actum voluntariae iurisdictionis anerkannt, so ist dieselbe doch wegen der Publication und Execution des Testamentes bezweifelt und dermalen mit einem damals begangenem wohlgegründeten Irthum angefochten, wider die übrigen im Jahr 1728 und 1757 sich ereigneten Fälle aber, der Einwand, daß selbige heimlich geschehen, vorgeschützet worden; indessen da selbst die Erbgerichte r) und also auch um so viel mehr gewisse Handlungen der Gerichtsbarkeit durch die Verjährung erworben werden können s): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß das Amt Tenneberg des Herrn von Bentheims Testament in seinem des Stadtraths zu Waltershausen Weichbilde gelegenen Hause auf und anzunehmen nicht befugt gewesen, sondern der Stadtrath darüber, als einen Eingrif in seine Erbgerichte, Beschwerde zu führen, rechtsgegründete Ursache habe, woferne das Amt Tenneberg, daß es dergleichen Testaments Aufnahmen in den in der Stadt Weichbilde gelegenen Häusern über rechtsverjährte Zeit wohl hergebracht habe, darzuthun nicht vermögend seyn sollte. V. R. W.

XII.

Ein über eine Erbschaft eingegangener Vergleich und darauf geleisteter eydlicher Verzicht hindert den Verzichtleistenden nicht an den neuerlich davon vorgefundenen Sachen seinen Antheil zu suchen.

§. 1.

Ein Vergleich ist eine Art des Vertrages t). Gleichwie nun aber bey einem Vertrage die Paciscenten nur an dasjenige, was sie mit einander verabredet, keinesweges aber an das, was sie dabey nicht gedacht haben, gebunden sind, also ist auch ein gleiches von dem Vergleiche zu behaupten, daß dessen Verbindungskraft nicht auf so etwas, wovon die Transigenten keine Gedanken gehabt, gezogen werden darf u).

§. 2.

r) BERGER in *suppl. ad Elect. part.* II. *pag.* 1060. RAVE *de praescriptione* §. 81.

s) arg. *C.* 13. *et* 18. *X. de praescript.*

t) *l.* 15. 17. 28. *C. de transact.*

u) *l.* 12. *D. et l.* 31. *C. de transact.* Da besonders in dem voranstehenden zwölften Gesetze der Pandecten enthalten, daß

§. 2.

Eine gleiche Bewandniß hat es auch mit einer Verzichtsleistung. Denn wessen sich einer nicht verziehen, das kann ihm auch wegen des geleisteten Verzichtes nicht vorenthalten werden. Es ist aber offenbar, daß sich einer dessen, woran er zur Zeit der geschehenen Renunciation nicht gedacht, wegen der dabey ermangelnden Einwilligung, nicht verziehen habe. Der hinzu gekommene Eyd ändert auch diesen Satz nicht, weil selbiger nur dasienige, worüber man sich würcklich verglichen und worauf man würklich Verzicht gethan, dahin mehr versichert, daß auch davon mit unverletztem Gewissen nicht abgegangen werden kann.

§. 3.

Aus diesem folgt also, daß wenn man bey einem Vergleiche und eydlichen Verzichte weder über etwas sich verglichen, noch sich dessen verziehen, der Vergleich und Verzicht bey demjenigen, worauf man wissentlich selbige gerichtet, zwar bey Kräften bleibet, in Ansehung der Sachen aber, wovon man gar nichts gewußt, solche als nicht vorhanden anzusehen sind. Folgbar ist auch das Recht, so man an diesen nicht bewußt gewesenen Sachen gehabt, durch den Vergleich und Verzicht nicht für aufgehoben zu halten, sondern es steht dem Verzichtleistenden annoch frey, an selbigen seine Ansprüche bey fehlschlagender gütlichen Auseinanderkunft, durch richterliche Hülfe wider den andern geltend zu machen.

§. 4.

Das eben Vorgetragene läßt sich nun ganz ungezwungen, selbst mit Beystande der Gesetze x), auf neuerlich vorgefundene Sachen zur Anwendung bringen. Denn neuerlich vorgefundene Sachen sind nichts anders, als solche Sachen, an welche man zur Zeit des eingegangenen Vertrages auf keine Art gedacht hat y).

daß wenn jemand über dasienige, so ihm im Testamente hinterlassen worden, sich verglichen hätte, und es würde nachhero ein Codicill vorgefunden, wovon er zur Zeit des eingegangenen Vergleichs nichts gewußt, so sollte der Vergleich auf dieses Codicill nicht gezogen werden.

x) *l.* 29. und 31. *C. de transact.*

y) Hiervon kann man weiter mit Nutzen nachlesen des Hrn. geh. Regierungsr. IO. AVG. HELLFELD diss. *de eo, quod ob species nouiter repertas circa transactiones iuris est.* Ionae 1759.

Rechtliches Gutachten

nach H** in August des 1770sten Jahres.

Als uns nachstehende Geschichtserzehlung mit zweyen Beylagen sub num. 1. und 2, nebst einer Frage zugeschickt, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen wir vor Recht:

Haben die drey Frauen und Fräulein Schwestern gebohrne Freyinnen Eichler von Aurich, bey Ableben ihres wohlseligen Herrn Vaters, mit ihren Herrn Brüdern den sub num. 1. copeylich angeschlossenen Vergleich wegen der väterlichen Verlassenschaft dahin getroffen, daß gedachte drey Frauen und Fräulein Schwestern, wie solches die sub num. 2. ebenfals copeylich beygelegte Renunciationsacte besaget, gegen eine bedungene Abfindung, auf alles väterliche und brüderliche Erbe und Vermögen, bis auf einen ledigen Anfall, eydliche Verzicht geleistet. Hat sich nun aber anietzo veroffenbahret, daß der Herr Großvater dieser dreyen Frauen und Fräulein von Eichler ein ansehnliches Capital an einem gewissen Brentano in Augspurg zu fordern gehabt, von welchen aber, weil es mit ihm zum Concurs gediehen, nichts zu erhalten gewesen. Haben auch nunmehro die Brentanoischen Erben, nachdem sie zu bessern Vermögensumständen gelanget, etliche 40000 Gulden bey dem Oberhofmarschallamt in Wien, zu Tilgung dieses ihres Vorfahrens Schulden, niedergeleget. Will sich nun vorgedachter dreyen Frauen und Fräulein Schwestern noch lebender einziger Herr Bruder, der hochfürstlich brandenburgische Oberschenck, Freyherr Eichler, dieser Gelegenheit dergestalt zu Nutze machen, daß er, nachdem er sich die großväterlichen Documente wegen sothaner Schuldpost von Augspurg kommen lassen, diese großväterliche Schuld alleine zu erheben und seine drey Frauen und Fräulein Schwestern von dessen Theilnehmung auszuschliessen berechtiget zu seyn vermeinet. Entstehet dahero die Frage:

Ob der Freyherr von Eichler, nach dem mit seinen drey Frauen und Fräulein Schwestern getroffenen Vergleiche, und von diesen darauf geleisteten eydlichen Verzichte, solche von der Theilnehmung dieser Brentanoischen Schuldpost, den Rechten nach, ausschliessen könne, oder, ob nicht vielmehr diese hiervon billig ihren Antheil zu fodern berechtiget sind?

Ob

Ob nun wohl 1), besage der Vergleichsurkunde sub num. 1. die Interessenten, nachdem vorher ein Inventarium verfertiget und die Stärcke der Erbschafft eingesehen worden, sich verglichen haben, und 2) ein Vergleich einen rechtskräftigen Urthel gleich geschätzet wird, und dieserhalb gleiche Würkungen mit demselben hat z); ein rechtskräftiges Urthel aber unter andern auch von der Würkung ist, daß sebiges unter dem Vorwande neuerlich vorgefundener Dinge nicht angefochten a), und dieserhalb nun auch ein Vergleich unter eben dem Vorwande nicht umgestossen werden mag b); sodann 3), Qudrentens Anführen nach, der Vergleichs Interessenten Großvater, welcher das Brentanoische Schuldcapital zu fodern gehabt, bereits vor seinem Sohne, der Vergleichs Interessenten Vater, verstorben; folgbar sothanes Capital mit dessen Tode auf dieser Interessenten ihren Vater gebracht worden ist; und dahero auch nach dieses ihres Vaters ebenfals erfolgten Tode, zu der väterlichen Erbschaft gehöret hat; gleichwohl 4) von den drey Frauen und Fräulein Schwestern, gebohrnen Freyinnen von Eichler von Aurich, bey Ableben gedachten ihres wohlseligen Herrn Vaters, gegen eine bedungene Abfindung, nach der Renunciationsacte sub. num. 2. auf alles väterliche und brüderliche Erbe und Vermögen dergestalt eidliche Verzicht geleistet worden, daß sie darauf zu ewigen Zeiten, unter welchem Prätext es immer geschehen könne oder möge, einigen Anspruch und Anfoderung nicht zu machen, angelobet haben; mithin, daß der Freyherr von Eichler, nach dem mit seinen drey Frauen und Fräulein Schwestern getroffenen Vergleiche und von diesen darauf geleisteten eydlichen Verzichte, solche von der Theilnehmung an der Brentanoischen Schuldpost, den Rechten nach, ausschliessen könne, dafür gehalten werden möchte:

Dennoch aber und dieweil ein Vergleich, weil er nur durch eine freye Einwilligung hervorgebracht wird, so wenig als ein Verzicht, auf solche Dinge, woran man nicht gedacht hat, gezogen werden darf c); und dieserhalb nun auch derselbe, wenn er über gewisse in einem Instrumente beschriebene Stücke eingegangen worden, auf andere darinnen nicht begriffene Stücke, woran man zur Zeit des Vergleichs oder der Verzichtsleistung nicht gedacht hat, keinesweges zu erstrecken ist d); gleich-

K 3 wohl

z) *L. 20. C. de transact.*
a) *L. 4. C. de re iudicata.*
b) *L. 19. C. de transact.*
c) *L. 31. C. de transact.*
d) *L. 12. D. de transact.*

wohl ad 1) Quärent in seiner Geschichtserzehlung erwehnet hat, daß in den inuentario, welches bey Schlüsung des Vergleiches und des darauf geleisteten eidlichen Verzichtes zum Grunde gelegt worden, von der Brentanoischen Schuldpost nichts enthalten sey, und selbige, wie es scheinet bey der untersuchten Stärke der väterlichen Erbschaft, den dreyen Frauen und Fräulein Schwestern, gebohrnen Freyinnen Eichler von Aurich, unbekannt gewesen ist; sodann ad 2) gleich wie ein rechtskräftiges Urthel auf keine andere Sache, als worüber vorhero gestritten worden, auszudehnen ist e), also man auch einen Vergleich, und um so mehr einem Verzicht, als welcher ohnehin eingeschränkt auszulegen f), nicht von solchen Dingen, die zur Zeit desselben nicht mit in Frage gekommen, sondern sich erst nach der Zeit veroffenbaret, zu verstehen hat; und ob schon ein Vergleich wegen neuerlich entdeckter Sachen nicht umgestossen werden mag, dennoch die Rechte dem Transigenten, daran seinen Antheil zu suchen, ausdrücklich verstatten g); solchen nach ad 3), den dreyen Frauen und Fräulein Schwestern, gebohrnen Freyinnen Eichler von Aurich, der Umstand, daß die Brentanoische Schuld zur Zeit des eingegangenen Vergleichs und des geleisteten Verzichtes, bereits zur väterlichen Erbschaft gehöret, nichts schaden mag, wofern sie damals nichts davon gewust haben sollten; ihnen auch ad 4), der Umstand, daß sie die Verzichtsleistung eidlich auf so verbindliche Art bewerckstelliget, nicht entgegen stehet, anerwogen dieses alles nur bey demjenigen, worüber sie sich würcklich verglichen und dessen sie sich würcklich verziehen, keinesweges aber bey demienigen, wovon sie keine Vorstellung gehabt, und worüber sie sich also nicht verglichen und worauf sie keine Verzicht geleistet, seine verbindliche Kraft Rechtens haben mag h): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die drey Frauen und Fräulein Schwestern, gebohrne Freyinnen Eichler von Aurich, an der Brentanoischen Schuldpost, woferne sie, zur Zeit des über ihres wohlseligen Herrn Vaters Erbschafft eingegangenen Vergleiches und geleisteten eydlichen Verzichtes nichts davon gewußt, sondern ihnen dieselbe erst nach der Zeit bekannt geworden, ihren Antheil billig zu fodern berechtiget sind. Von Rechts wegen.

XIII.

e) *L. 12. 13. D. de exc. rei iud.*
f) *L. 26. C. ad SCt. Vellej.*
g) *L. 29. l. 30. C. De transact.*
h) Vid. STRYK in *tract. de caut. contr. sect. I. Cap. 5. §. 2. et 14.*

XIII.

Rechtliches Gutachten

nach W** in Monate November 1767.

In wie ferne eine unadeliche Witbe ihren verstorbenen Ehemann beerbet.

1) 2) Einer unadelichen Witbe gebühret, nach sächsischen gemeinen Rechten, wenn sie nicht nur ihr Eingebrachtes, sondern auch dasjenige, was sie während der Ehe, bey Lebzeiten ihres Mannes, durch Erbschaft oder auf andere Art erworben, in ihres verstorbenen Mannes Verlassenschaft mit einwirft, bey vorhandenen drey oder wenigern Kindern, der vierte Theil; wie sie denn auch

3) zur Theilung des von ihrem verstorbenen Manne hinterlassenen freyen Erblehngutes mit gelassen werden muß; und ist

4) die Würderung des vorhandenen InventarienViehes nach dessen wahren Werthe in der Mase vorzunehmen, daß dabey zugleich, nach Beschaffenheit des Viehes, der Nutzen, den es in der Wirthschaft leistet, nicht unerwogen zu lassen; wie denn überdem

5) Die Witbe, deren verstorbener Ehemann ein Pachter gewesen, alsdenn, wenn sie ihren Mann mit beerbet, den von den noch fortzusetzenden Pachtiahren zu hoffenden Gewinn nicht verliehret, ob sie gleich zu einer anderweiten Ehe schreiten sollte.

Als uns nachstehende Geschichtserzehlung, nebst fünf Fragen, zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, d. s. w. v. R.

Hat Tullius mit seinem Eheweibe drey Kinder, nämlich die Cajam nebst einem Sohne und einer noch unmündigen Tochter, gezeuget. Verheyrathet sich die Caja mit einem Pachter, dem Sempronio, welchen sie zur Brautgift 600 rth. einbringet, und von ihm zwey Kinder gebiehret. Macht darauf Tullius eine väterliche Disposition, da er seiner Fraue und Kindern mündlich eröfnet und anbefiehlet, daß seine Frau, die Tullia, nach seinem Tode, das sämtliche Vermögen, so er hinterliesse, in Besitze behalten solte. Stirbet nachhero Tullius, und seine Tochter, Caja, des Sempronii Eheweib, und deren Bruder und Schwester lassen ihre Mutter, die Tulliam, nach ihres, Vaters, Tullii, vorhingedachter väterlichen

lichen mündlichen Disposition, in dem Besitze des sämtlichen Vermögens, wie es ihr resp. Mann und Vater, Tullius, verlassen. Besitzet dieselbe auch noch bis jetzo sothanes Vermögen ungetheilt, ohne daß solches, weil von ihren elterlichen Vermögen etwas mit darunter stecket, und sie noch eine Mutter an Leben hat, welche alles Vermögen noch besitzet, füglich getheilet werden kann und mag. Verstirbet darauf Sempronius, der Pachter, da er noch fünf Pachtjahre auszuhalten gehabt hätte, und verläßt die Witbe Cajam mit zween Kindern und einem Kinde, womit sie annoch schwanger gegangen. Bleibt die Witbe in der Wirthschaft und dem ganzen Vermögen sitzen und bringt gedachtes dritte Kind, womit sie schwanger gegangen, zwar zur Welt, verstirbt aber dasselbe nach einem Vierteljahre, da denn dessen Erbantheil von seines Vaters Nachlaße auf seine Mutter, die Cajam, gebracht wird. Bestehet das Vermögen des verstorbenen Pachters Sempronii 1) in der Hälfte eines freyen Erblehngutes, wozu auch einige steuerbare Feldgüter gehören, 2) in Capitalien und 3) demjenigen, was etwa in Pachte stecken dürfte. Will nun die Caja zur zweyten Ehe schreiten und sich mit ihren beyden Kindern erster Ehe, in Ansehung des väterlichen und resp. männlichen Nachlasses, abtheilen. Wird dahero von dem Vormunde sothaner beyden unmündigen Kinder gefraget:

1) Ob nicht die Mutter seiner Pflegbefohlenen von der ganzen Erbschaft biß auf den Antheil, welcher durch den Todt des *posthumi* auf sie verfallen, ausgeschlossen und mit Zurückgabe ihres Eingebrachten, nach dessen vorgängiger Bescheinigung, abgewiesen werden könne, oder aber, ob ihr, wenn sie ihr Eingebrachtes einwerfen will, zwey Kindestheile, den einen Statt ihres eigenen Erbantheils, den andern aber, wegen des verstorbenen *posthumi*, von der ganzen Erbschaft zu nehmen, schlechterdings frey bleiben müsse?

2) Ob sie, wenn sie letztern Falls, mit den Kindern zur Theilung gelassen werden muß, lediglich die 600 Thaler Mitgift, so sie zu ihrem Manne gebracht hat, nur einzuwerfen brauche, oder aber, ob sie ihr ganzes väterliches Erbe zur Erbschaftsmasse zu bringen habe?

3) Ob die *Caja* mit zur Theilung der von ihrem verstorbenen Manne, *Sempronio*, verlassenen Hälfte eines freyen Erblehngutes zu lassen sey, und darinne zum Theil mit ihren Kindern succediren könne, oder, wenn dieses nicht ist, ob ihr dennoch der Nießbrauch davon

davon biß zur Majorennität oder Verheyrathung ihrer Kinder gebühre?

4) Ob das Inventarienvieh, nach dessen wirtschaftlichen Nutzen, oder nach dessen wahren Werth zu taxiren? ingleichen

5) Ob der aus denen, nach des Pachters, *Sempronii*, Tode, noch fortzusetzenden fünf Pachtjahren zu hoffende Gewinst den sämtlichen Erben des *Sempronii*, oder nicht vielmehr seiner nachgelassenen Witbe alleine zukomme und gebühre?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, der dermalige Rechtsfall, wie wir vermuthen, an einem Orte, da man nach den gemeinen sächsischen Rechten lebet, vorkommt; in selbigen aber, wie eine unadeliche Witbe ihren Mann beerbe, wenig oder gar nicht entschieden ist i); dieserhalb nun auch verschiedene Rechtslehrer dafür halten, daß die Erbfolge unadelicher Witben, wofern durch Eheverträge oder Statuten des Ortes dieserhalb keine Vorsehung geschehen, sothane Erbfolge nach Vorschrift des gemeinen römischen Rechtes und denen darinne gemachten Bestimmungen gänzlich zu beurtheilen sey k); nach selbigem aber eine Witbe, die nicht arm ist, das heist, die eigenes Vermögen hat, wovon sie sich ihrem Stande nach, *unterhalten kann*, ihren verstorbenen Ehemann, wenn selbiger noch Anverwandten hinterläßt, nicht beerbet l); solchemnach auch, daß an solchen Orten, wo man nach gemeinen sächsischen Rechten lebet, eine Witbe, in dem Fall, von ihres verstorbenen Mannes Nachlassenschaft nichts erhalte, dafür geachtet werden will m); die Caja aber, wie in der Geschichtserzählung erwähnet worden, nicht arm ist, sondern ihrem verstorbenen Ehemanne, dem Sempronio, 600 Rthlr. eingebracht hat, so sie mit dem Antheile, welcher durch den Tod des posthumi auf sie verfallen ist, erhält; mithin, daß die Caja von der ganzen Erbschaft ihres verstorbenen Ehemannes, bis auf den Antheil, welcher durch den Tod des posthumi auf sie verfallen, ausgeschlossen und mit Zurückgabe ihres Eingebrachten, nach dessen vorgängiger Bescheinigung, abgewiesen werden könne, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d.

i) Weichbild *art.* 22. Sächs. Landrecht *lib.* 1. *art.* 24.

k) RICHTER *de succeff. sect.* 4. *memb.* 4. *num.* 1. CARPZOV *part.* 3. *const.* 20. *def.* 15. *num.* 9. STRYK *in tract. de succ. ab int. diff.* 4. §. 16.

l) *Nov.* 117. *cap.* 5. *Auth. Praeterea C. unde vir et uxor.*

m) BERLICH *part.* 3. *concl.* 27. *num.* 13.

D. a. u. d. in den gemeinen sächsischen Landen von je her die beständige Gewohnheit gewesen und selbige annoch die tägliche Erfahrung bewähret, daß einer Witbe die Wahl gelassen wird, ob sie ihr Eingebrachtes wieder zurückfodern, oder solches in ihres verstorbenen Mannes Verlassenschaft mit einwerfen, und aus diesen gesamten Gütern, bey vorhandenen drey oder wenigern Kindern, den vierten Theil nehmen will n); dasienige aber, was durch eine beständige lange Gewohnheit beobachtet worden, die Kraft eines ausdrücklichen Rechtes hat o); und dahero auch einem älteren geschriebenen Rechte, von welchem sie abweichet, vorgehet p); aus vorhin erwähnter Gewohnheit aber, weil die Witbe Eingebrachtes hat, und also, da sie nicht arm ist, zu dessen Einwerfung gelassen wird, sich von selbst ergiebet, daß, bey sothaner Gewohnheit, der nach dem römischen Recht erforderliche Umstand, nämlich, daß der überlebende Ehegatte, welcher seinen verstorbenen Ehegatten beerben will, kein Vermögen habe, nicht erforderlich sey; auch, nach dem Gerichtsgebrauche, darauf, ob das Eingebrachte zum Unterhalte der Witbe zureichet, oder nicht zureichet, oder ob sie sonst noch anderes Vermögen hat, wovon sie gehörig leben kann, nicht gesehen wird; sodann, im Gegentheil, der Mann, wenn seine verstorbene Frau, keine Mobilien hinterläßt, aus ihrem aus andern Sachen bestehenden sämtlichen Vermögen, ohne auf den Unterschied, ob er arm oder nicht arm ist, zu sehen, den vierten Theil, nach sächsischer Gewohnheit, erhält q); und also ein gleiches bey einer Witbe Statt finden zu lassen, die Billigkeit erfordert; nicht zu gedenken, daß in den chursächsischen Constitutionen, part. III. const. 20. ausdrücklich verordnet ist, daß, bey der Erbfolge der Weiber, auf den Unterschied, ob sie reich oder arm wären, nicht gesehen werden solle r): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die *Caja* von der ganzen Erbschaft ihres verstorbenen Mannes, bis auf den Antheil, welcher durch den Tod des *posthumi* auf sie verfallen ist, nicht ausgeschlossen und mit Zurückgabe ihres Eingebrachten, nach dessen vorgängiger Bescheinigung, nicht abgewiesen werden könne; sondern

n) STRUV *exerc.* 38. §. 41. *et in iurispr. for. lib.* 2. *tit.* 30. §. 28.

o) *l.* 35. *D. de legib.*

p) *l.* 32. §. 1. *D. de legib.* §. 11. *I. de iur. nat. gent.*

q) RICHTER *de succ. sect.* 4. *memb.* 2. *num.* 57. STRUV *exerc.* 38. *th.* 41. STRYK *de success. ab intest. diss.* 4. §. 15. *in fin.* HELLFELD *in iurispr. for.* §. 1660.

r) Add. BERLICH *part.* 3. *concl.* 27. *num.* 16.

dern daß ihr, wenn sie ihr Eingebrachtes einwerfen will, zwey Kindestheile, den einen, Statt ihres eigenen Erbantheils, als welcher ihr, da drey Kinder aus der mit ihrem Ehemanne gehabten Ehe erzeuget worden, gebühret, den andern aber, wegen des verstorbenen *posthumi*, von der ganzen Erbschaft zu nehmen, schlechterdings frey bleiben müsse.

Obwohl, bey der zweyten Frage, der Cajae Vater, Tullius, bey seiner vor seinem Ende gemachten mündlichen väterlichen Disposition befohlen, daß seine Frau, die Tullia, nach seinem Tode, sein nachlassendes sämtliches Vermögen in Besitz behalten solle; dieses auch, nach seinem Ableben befolget worden ist, und die Caja davon ihrem Ehemanne, dem Sempronio, nichts inferiret hat; sondern das sämtliche Vermögen, noch in ihrer Mutter, der Tulliae, Händen ist; welches, weil von der Tulliae elterlichem Vermögen, da ihre Mutter noch am Leben und alles Vermögen noch besitzet, mit darunter stecket, füglich nicht getheilet werden kann und mag; mithin, daß die Caja, da sie mit ihren Kindern zur Theilung gelassen werden muß, nur lediglich die 600 Rthlr. Mitgift, so sie zu ihrem Manne gebracht hat, einzuwerfen brauche, dafür gehalten werden dörfte:

D. a. u. d. Der Cajae Vater, Tullius, noch bey ihres Mannes Lebzeiten verstorben ist; und also dieselbe nebst ihren beyden Geschwistern selbigen beerbet hat, daß, wie es, nach der Geschichtserzehlung scheinet, der Mutter, Tulliae, vermöge der väterlichen mündlichen Disposition, durch den ihr überlassenen Besitz seines Vermögens, nur die nießbräuchliche Administration auf ihre Lebenszeit, oder doch wenigstens nur so lange, bis der Cajae Geschwistere ebenfals ihre eigene Haushaltung anfangen würden, überlassen worden ist; folgbar die Caja doch die Proprietät von ihres Vaters Vermögen, bey Lebzeiten ihres Ehemannes, des Sempronii, ererbet hat; welche Proprietät des ihrer Mutter, der Tulliae, mit untergemengten elterlichen Vermögens ungeachtet, gar wohl besonders zu berechnen, und, ihrem Werthe nach mit zu ihres, der Cajae, verstorbenen Mannes Vermögen zubringen ist; als welches sie, wenn sie daraus ihren Erbtheil haben will, zu thun sich nicht entbrechen kann, massen eine Witbe, die, nach sächsischen Recht, ihren Mann mit beerben will, nicht nur dasjenige, was sie demselben würklich eingebracht, sondern auch dasjenige, was sie, während der Ehe, bey Lebzeiten ihres

Mannes, durch Erbschaft, oder auf andere Art erworben, in ihres verstorbenen Mannes Verlassenschaft mit einwerfen muß s); dieses auch ausserdem die chursächsische Constitution und zwar die 20te im dritten Theile ausdrücklich befiehlet: So achten wir in dem Rechten gegründet zu seyn, daß die *Caja*, wenn sie mit ihren Kindern zur Theilung ihres verstorbenen Mannes Nachlassenschaft gelassen seyn will, nicht nur ihre eingebrachten 600 Rthl. sondern auch ihr ganzes väterliches Erbe, der Proprietät nach, mit zur Erbschaftsmasse zu bringen verbunden sey.

Ob wohl, in Ansehung der dritten Frage, bey Lehngütern ordentlicher weise die Erbfolge der Eheleute, wofern sie nicht darauf eine zu Recht beständige Mitbelehnschaft erhalten, nicht Statt findet; zumahl wenn der überlebende Ehegatte nicht der Mann, sondern die Frau ist, indem die Lehne eigentlich nur Mannspersonen und deren männlichen Nachkommen verwilliget werden t); mithin, daß die Caja nicht mit zur Theilung der von ihrem verstorbenen Manne, Sempronio, verlassenen Hälfte eines freyen Erblehngutes zu lassen sey, es das Ansehen haben möchte:

D. a. u. d. bey völligen Erblehnen, das ist, bey solchen Lehnen, welche so wohl in Ansehung der Erbfolge, als der darüber zu disponiren einem zustehenden Freyheit, die Natur eines Allods haben, alle und jede so wohl Manns als Weibespersonen, Verwandte und Fremde zur Succession in der Mase, wie es durch letzten Willen, oder, in dessen Ermangelung, durch die in den Civilrechten bestimmte Successionsordnung angezeiget worden, zur Erbfolge gelassen werden u); folgbar die Witben in dem Fall, da sie bey den Erbgütern ihres verstorbenen Mannes von der Succeßion nicht auszuschlüssen sind, auch bey dergleichen Erblehnen zu succediren berechtiget sind; in den vorhergehenden beyden Fragen aber der Satz, daß der Cajae, wenn sie alle ihr Vermögen in ihres Mannes Nachlaß mit einwirft, mit ihren Kindern ein Succeßionsrecht zustehe, ausgeführet worden ist: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die *Caja* in die von ihrem verstorbenen Manne, *Sempronio*, verlassene

s) FACHSIUS *apud* ZOBEL *part.* 3. *differ. iur. ciu. et Sax. diff.* 1. *num.* 3. CARPZOV *part.* 3. *const.* 20. *def.* 24. BERLICH *part.* 3. *concl.* 27. *num.* 38.

t) *II. F.* 36.

u) ROSENTHAL *c.* 2. *concl.* 35. *n.* 2. STRYK *in trac. de succ. ab intest. diss.* 5. *cap.* 2. §. 5.

lassene Hälfte eines freyen Erblehngutes, wenn dasselbe ein völliges Erblehn, und sie alles das ihrige, welches sie bey Lebzeiten ihres verstorbenen Mannes, *Sempronii*, bereits gehabt, mit einzuwerfen erböthig ist, mit zur Theilung zu lassen sey, und darinne zum Theil, wie bey der erstern Frage bestimmt worden, mit ihren Kindern succediren könne.

Obwohl, die vierte Frage betreffend, der Werth einer Sache nach dessen Nutzen erwogen zu werden pfleget; und also auch, daß das Inventarienvieh nach dessen wirthschaftlichen Nutzen zu schätzen sey, es scheinen dürfte:

D. a. u. d. der Werth der Dinge, nicht nach dem Nutzen, den dieser oder jener sich von selbigen machen kann, sondern nach demjenigen, wie der gröste Theil der Menschen die dergleichen Dinge gebrauchen, zu schätzen pflegen, zu bestimmen ist, angesehen der Nutzen insgemein nur beziehungsweise in Absicht einer gewissen Art Menschen zu beurtheilen, indem dasjenige, was dem einem nützlich ist, oftermalen dem andern keinen Nutzen schaffen kann, und dieserhalb die Rechtsregul: Pretia rerum non ex affectu nec vtilitate singulorum, sed communi hominum consuetudine funguntur x), wohl gegründet ist: So gehet unser rechtliches Gutachten dahin, daß das Inventarienvieh nach dessen wahren Werthe, bey dessen Bestimmung jedoch, nach Beschaffenheit des Viehes, der Nutzen, den es in der Wirthschaft leistet, wozu es gebrauchet wird, nicht unerwogen zu lassen, fürnämlich zu schätzen sey.

Endlich auf die fünfte Frage zu kommen, obwohl, nach gemeinen römischen Rechten, nur dem Vater der Nießbrauch an den bonis aduentitiis seiner Kinder, vermöge seiner väterlichen Gewalt, zustehet y); und dieserhalb die Mutter, als welche, nach eben diesen Rechten, der väterlichen Gewalt nicht theilhaftig ist z), von selbigem ausgeschlossen wird; mithin, daß der aus den, nach des Pachters, Sempronii, Tode, noch fortzusetzenden fünf Pachtjahren zu hoffende Gewinst lediglich der Cajae Kindern und nicht ihr alleine zukomme, es das Ansehen gewinnen möchte:

x) *l. 63. pr. D. ad leg. Falcid.* *C. de bon. quae lib. l. 1. C. de bon. mat.*
y) §. 1. *l. per quas pers. cuiq. adquir. l. 6.* z) §. *fin. I. de patr. pot.*

D. a. u. d. nach gemeinen sächsischen Rechten, die Mutter, nach ihres Mannes Tode, über dessen mit ihr gezeugten Kinder, da selbige noch unmündig sind, die gesetzliche Vormundschaft, und mit selbiger den Nießbrauch von dem sämtlichen Vermögen, welches die Kinder von ihrem Vater, oder anders woher aus keinen besondern Rechte erhalten, überkomt a); jedoch die Vormundschaft der Mutter über ihre Kinder nur so lange, als sie sich nicht wiederum verheyrathet, fortdauert, sintemal die Mutter, obschon der Vater, wenn er wiederum eine andere Ehe schliesset, hierdurch die väterliche Gewalt nicht verliehret, und also den Nießbrauch an den bonis aduentitiis seiner Kinder behält b), sobald sie sich wiederum verheyrathet, der Vormundschaft und Erziehung über ihre Kinder voriger Ehe verlustig wird c), und, wofern sie nicht die künftige Succeßion in Ansehung ihrer Kinder verliehren will, denselben andere Vormünder von der Obrigkeit zu erbitten, verbunden ist d); folgbar auch alsdenn, wenn die Mutter zur zweyten Ehe schreitet, der ihr nach sächsischen Rechten zustehende Nießbrauch über ihrer Kinder Vermögen sich endiget; wie dieses auch aus einen hochfürstlichen Weymarischen Rescript, unterm 15. Septemb. 1762 worinne es heist: „da nun überdem noch die in hiesigen „sächsischen Landen ernestinischer Linie hergebrachte alte Observanz beytrit, „nach welcher einer leiblichen Mutter, so lange sie ihre Kinder in Verpflegung hat, und nicht *ad secunda vota* schreitet, der vsusfructus aus den „väterlichen Güthern gebühret:„ klärlich abzunehmen; und also auch der Cajae, weil sie gedachter Masen zur zweyten Ehe schreiten will, der Nutzen oder Gewinn, welcher noch aus den fünfjährigen von ihrer Kinder Vater geschlossenen und auf selbige geerbten Pacht zu nehmen, nicht zustehen, sondern sothanen ihren Kindern gebühren dürfte; jedoch weil die Caja, vermöge der Entscheidung, bey der obigen ersten und dritten Frage, alsdenn

a) Sächs. Landrecht *lib.* 1. *art.* XI. *Gloss. lat. ad hunc. text. sub. lit. N. post princ. vers. quod tamen sane intelligendum est.* WESENBEKIVS *in comment. ff. de tutela. num.* 5. BERLICHIVS *in concl. pract. part.* 2. *concl.* 12. *num.* 14. RICHTERVS *part.* 1. *decis.* 18. *num.* 11. *seq.* HEIMBVRGIVS *in diss. de vsufructu materno in bonis aduentitiis liberorum secundum ius saxonicum spectato. Ienae* 1763. HELLFELD *in jurispr. for.* §. 627.

b) *l. vlt. C. de bon. mat. Nov.* 22. *cap.* 1. *et c.* 34. *iunct. Nou.* 127. *c.* 3. RICHTER *part.* I. *decis.* 18. *num.* 4. LAVTERBACH *in colleg. pract. lib.* 7. *tit.* 1. §. 11.

c) *l.* 1. *C. vbi pupill. educ.* LEYSER *spec.* 300. *med.* 13. 14. 15.

d) *l.* 2. §. 23. *ad SCt. Tertull. l.* 3. *l.* 6. *C. eod. Auth. iisdem poenis C. de secund. nupt.* CARPZOV *part.* 2. *const.* 11. *def.* 15.

alsdenn, wenn sie alle das ihrige bey ihres verstorbenen Mannes Verlassenschaft einwirft, von den auf die Mase vereinigten Gütern einen gedoppelten Erbtheil, so wohl wegen ihrer eigenen Person, als wegen ihres verstorbenen nachgebohrnen letzten Kindes erhält, und also eben den Erbtheil auch von diesen Pachtgewinn billig erhalten muß; hiernechst ihren beyden Kindern bereits ein Vormund bestellt worden ist, und sie, die Caja, wie es scheinet, die Erziehung dieser ihrer beyden Kinder fort behält, und selbigen ihren Unterhalt reichet; auch, wie Qudrent mit gemeldet hat, sothanen Pacht fortsetzet und das Pachtgeld nicht nur bishero abgetragen hat, sondern auch ferner entrichten muß; solchem nach alleine die Beschwerden wegen dieses Pachtes träget, welche sonst ihre beyden Kinder zugleich mit zu übernehmen hätten e); und also, daß sie auch alleine den Nutzen habe, die Billigkeit erfordert: So sind wir der rechtlichen Meinung: daß, unter diesen Umständen, der aus den, nach des Pachters, *Sempronii*, Tode, noch von dessen Witbe fortzusetzenden fünf Pachtjahren, zu hoffende Gewinst nicht den sämtlichen Erben des *Sempronii*, sondern vielmehr sothaner seiner nachgelassenen Witbe alleine zukomme und gebühre. V. R. W.

XIIII.

Rechtliches Gutachten

nach Mt. St** im März 1767.

Von Familien Fideicommissen.

1. Worinne Familienfideicommisse bestehen, und was dazu für Eigenschaften erforderlich sind.
2. Woraus ein Familienfideicommiß gemuthmasset wird.
3. Wenn ehe die nicht geschehne Errichtung eines Familienfideicommisses angenommen werden muß.
4. Womit ein Familienfideicommiß nicht errichtet zu werden pfleget.
5. In welcher Qualität die Erb- und Stammgüther nach fränkischen Gebrauch besessen werden.

6. Wor-

e) *Incommoda eum sequi oportet, quem commoda et vtilitates sequuntur. Clem. 1. de censib.*

6. Worinne eine Grundtheilung oder Todtheilung bestehet.

7. Wenn ehe das aus einem Gute gelösete Geld nicht für ein Fideicommiß angesehen werden mag.

8. Ein Familienfideicommiß hat bey den Teutschen von ie her die gröste Gunst gehabt, und ist dahero eher zu erweitern, als zu beschränken.

9. Die Succeßion in ein Familienfideicommiß erstreckt sich bis auf den letztern der Familie, und wird darinne nicht der neuesten, sondern der ältern Verordnung des römischen Rechtes nachgegangen.

10. Bey einem schlechthin angeordneten Fideicommiß findet weder die gedachte Gunst, noch eine Ausdehnung Statt, sondern man muß sich bey selbigem genau an die Worte binden.

11. Mit den männlichen Leibeserben werden die Söhne angedeutet.

12. Wenn jemand auf den Fall, da er ohne eheliche männliche Leibeserben Todes verfahren würde, mit einem Fideicommiß beschweret worden, so erlöscht selbiges alsobald, wenn sich dieser Fall nicht ereugnet.

13. Von dem Succeßionsunterschied bey einem Lehn, Familienfideicommiß und insbesondere bey einem schlechthin und zumal nur bedingungsweise angeordneten Fideicommiß.

14. Was für Wörter, nach dem Lehnrechte, alle lehnsfähige Nachkommen anzeigen.

15. Unter was für Wörtern bey einem Familienfideicommiß, der Regel nach, alle männliche Nachkommen zu verstehen sind.

16. Nach der gemeinen Lehnssucceßion behalten die Brüder, ob sie gleich das väterliche Lehn getheilet haben, an dem Theile, so durch die Theilung auf den andern gekommen, annoch ein Erbfolgsrecht.

17. Dem weiblichen Geschlechte ist bey Erbstammgütern auf den ledigen Anfall eine Erbfolge zuständig.

18. Von den Teutschen pflegen oftermalen die Theilungen, zum Besten des einen Stammes, mit Fleiß ungleich zu geschehen.

19. Bey Lehngütern ist der Erbe zu Lehnrecht auch nothwendig der Erbe zu Landrecht.

20. Die

20. Die Entrichtung eines Brautschatzes ist eine subsidiarische Lehnschuld.

21. Von der Regel: *pretium succedit in locum rei et res in locum pretii.*

22. In das Geld, wofür ein Lehn an jemanden überlassen worden, succediren nicht die Lehn, sondern Landerben.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst dreyen Fragen zugeschickt, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, d. s. w. v. R.

Hat Herr Johann Sebastian Schertel von und zu Burtenbach rc. im Jahr 1595 die ererbten sämtlichen väterlichen Güter und Baarschaft unter seine drey leiblichen Söhne, nämlich den ältesten, Johann Friedrich Schertel, den Stammvater der Maurenschen Linie, ferner den mittlern, Johann Heinrich Schertel, den Stammvater der Würtembergischen Linie, und den jüngsten, Johann Sebastian Schertel, den Stammvater der Altburtenbachischen Linie, mit derselben Bewilligung, auch in Gegenwart der erbethenen adelichen Beystände und resp. Vormünder, solchergestalt vertheilet, daß in Kraft des errichteten solennen Hauptrecesses, unterm dato Burtenbach am 13ten December 1595, dem ältesten Sohn Johann Friedrich Schertel, baares Gold, oder vielmehr richtige Capitalbriefe, zusammen 165000 fl., auswerfend, übergeben, dem zweyten oder mittlern Sohn, Johann Heinrich Schertel, hingegen, die würtembergischen Lehnen, Stammheim, Geisingen, Heitingsheim, und halb Beichlingen rc. für 62600 fl., dann der Rest, zur Gleichstellung mit dem ältesten Sohne, mit 102400 fl. an Capitalbriefen, zum ganzen Erbtheil überlassen, dem jüngsten Sohn, Johann Sebastian Schertel, aber das Gut Burtenbach, jedoch mit der Beschwerde einer benannten Aussteuer an dessen noch ledige Schwestern, zugeschlagen werden sollte rc. Ist dieser Hauptgrund- und Erbtheilungsvergleich nicht allein von Vater und Söhnen genehmiget, unter sich zu dessen Vesthaltung der Handschlag gegeben, von Ihnen, den Interessenten, nebst deren Beyständen unterschrieben, besiegelt, und biß anhero in seiner völligen Gültigkeit gelassen, sondern auch zugleich für die künftigen Zeiten, wegen des Rückfalls von einem Bruder auf die andern, oder deren männliche Nachkommenschaft, dadurch Vorsorge gethan worden, daß wenn, nach dessen §. 2, der älteste Bruder Johann Friedrich Schertel ohne ehe-

 liche

liche mänliche Leibeserben aus dieser Zeitlichkeit abscheiden würde, von dessen Vermögen 62600 fl. an seine Brüder, oder deren männliche Erben zurückgehen, gleichwie hinwiederum und gegentheilig, nach dem Inhalt eben dieses §. 2, die dem zweyten Bruder, Johann Heinrich Schertel, zugetheilten und für 62600 fl. angeschlagenen würtembergischen Lehen, bey dessen oder seiner Söhne gänzlichen Erlöschung, zum Aequivalent, an die andern Brüder devolviret, und ein gleicher Rückfall auch bey dem dritten Bruder, Johann Sebastian Schertel, in Ansehung der Burtenbachischen Lehen, beobachtet werden solte. Haben auch sothane drey Söhne und Brüder solche Erbfolge, nach ihres Vaters Tode, in den darauf ferner erfolgten Recessen, unterm dato Lauingen am 19den November 1596, sodann unterm dato Burtenbach am 23ten September 1602, beybehalten und bestätiget. Ist die Altburtenbachische Linie mit Heinrich Sebastian Scherteln, als dem Sohne Johann Sebastian Schertels, dem Jüngern, im Jahr 1653 erloschen. Haben bey diesem Todesfalle die damaligen beyden Brüder Johann Conrad und Johann Georg der Maurenschen Linie ihren an Burtenbach gehabten Lehnsantheil ihren zwey Vettern Johann Heinrich, und Wolfgang Ludwig Scherteln bald hernach für 20000 fl. käuflich überlassen. Hat ferner der Stammvater der würtembergischen Linie zwey Söhne, nämlich den ältesten, Johann Heinrich Scherteln, zum Stammvater der nachherigen Stammheimischen Branche, und den jüngsten, Wolfgang Ludwig Scherteln, zum Stammvater der nachherigen Geisingischen Branche, hinterlassen; von welchem letztern, nämlich Wolfgang Ludwig Scherteln, nur noch ein Abkömmling, Nahmens, Carl Christian Adam Schertel, im vierten Grade dermalen am Leben ist, statt dessen, daß von dem erstern, nämlich dem Stammvater der Stammheimischen Branche, ein Sohn, Reinhard Friedrich Schertel, entsprossen, welcher drey Söhne gezeuget, deren jeder wiederum einen Sohn, nahmentlich, Anton Eberhard, sodann Friedrich, und Friedrich August dermalen am Leben hinterlassen. Hat ebengedachter Reinhard Friedrich Schertel zu Stammheim, wegen einer noch zu leisten gehabten Aussteuer einen sechstheilig lehnbaren Frucht und Weinzehenden zu Thamm, sammt einen Morgen Weingartens zu Fellbach, gleicher Qualität, der Wetzstein genannt, an seinen Vetter der Maurenschen Linie, Nahmens Georg Friedrich Scherteln, mit Lehnsherrlichen Consens, statt der Bezahlung der zu entrichten gehabten Aussteuer im Jahr 1696 abgetreten. Ist darauf mit dieses Georg Friedrich Schertels seinem Enckel, Friedrich Carl Scherteln, nachdem dieser am 9ten September

tember 1766, ohne männliche und weibliche Descendenten zu hinterlassen, verstorben, die Maurensche Linie gänzlich erloschen. Haben nun zu dessen Verlassenschaft, nebst andern Erben, auch die Stammsagnaten und zwar aus dem Rechte der Proximität, die Abkömmlinge der Stammheimischen Linie, nämlich obgedachter Anton Eberhard, sodann Friedrich und Friedrich August Schertel wegen der Eingangs erwehnten 62600 fl. und wegen des vorhingedachten Frucht und Weinlehenszehenden, zu Thamm, nebst denjenigen Morgen Weingartens zu Fellbach, der Wetzstein genannt, sich gemeldet. Entstehen dahero folgende drey Fragen:

1) Ob die Schertlen Maurenschen Haupterben den Abkömmlingen der Stammheimischen Linie, nämlich Anton Eberhard, desgleichen Friedrich und Friedrich August Scherteln, das qu. Capital à 62600 fl. als ein Fideicommiß vel quasi abzutreten verbunden?

2) Ob die Schertlen Maurenschen Haupterben den eben benannten Abkömmlingen der Stammheimischen Linie gedachten Frucht und Weinlehenszehenden, zu Thamm, nebst dem einen Morgen Weingartens zu Fellbach, der Wetzstein genannt, und zwar schon sammt dem Ertrag des heutigen 1767sten Jahres, zu überlassen schuldig? Ferner

3) Ob die Schertlen Maurenschen Haupterben den eben benannten Abkömmlingen der Stammheimischen Linie die 20000 fl. wofür die beyden Maurenschen Brüder Johann Conrad und Johann Georg, bey dem Ableben Heinrich Sebastians, ihren am Burtenbach gehabten Lehnsantheil den zwey Vettern Würtembergischer Linie, Johann Heinrich und Wolfgang Ludwig Scherteln käuflich überlassen gehabt, herauszugeben pflichtig?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, angeführet werden will 1) daß der Hauptteilungsreceß vom Jahr 1595 von den Stammvätern aller hernach entstandenen Schertelnschen Linien und Branchen gemacht worden wäre; welcher dahero von deren sämtlichen Nachkommenschaft als eine unabweichliche Richtschnur beobachtet werden müsse, bevorab weil eines Theils derselbe von den drey Söhnen und Brüdern nachhero im Jahr 1596 und 1602 beybehalten und bestätiget worden sey, andern Theils derselbe die unter dem Reichsadel überhaupt eingeführte

Erhaltung des Mannsstammes zur vorzüglichen Absicht hätte, massen a) dem Stammvater der Altburtenbachischen Linie, Johann Sebastian Scherteln, dem Jüngern, in dem §. 1. des Recesses, das Gut Burtenbach dergestalt zugetheilet worden, daß, wenn er es über kurz oder lang verkaufen oder in andere Hände kommen zu lassen Willens wäre, er solches seinen Brüdern, oder deren männlichen Erben zuvor anbiethen und für den Kaufschilling der 165000 fl. als wofür es ihm angeschlagen worden, überlassen, oder, wenn er ohne Hinterlassung ehelicher männlichen Leibeserben verstürbe, alsdenn seine Töchter, seinen Brüdern, oder deren ehelichen männlichen Leibeserben, das Gut Burtenbach, gegen 102400 fl. abtreten sollten; welche Summe also als ein den Landerben, nämlich den weiblichen Descendenten, ausgesetztes Quantum von den 165000 fl., wofür das Gut Burtenbach geschätzet worden, anzusehen, so wie hingegen von dieser taxirten Größe die übrigen 62600 fl. für ein dem Stammsagnaten auf dem Gute vorbehaltenes Capital zu halten sey; woran um so weniger zu zweifeln, weil, nach dem, ohne Hinterlassung männlicher und weiblicher Descendenten, im Jahr 1653 erfolgten Ableben dieses Johann Sebastian Schertels, des Jüngern, die damaligen beyden Brüder, Johann Conrad und Johann Georg der Maurenschen Linie, ihren an Burtenbach gehabten Lehnsantheil ihren zwey Vettern, Johann Heinrichen, als dem Stammvater der Stammheimischen Branche, und Wolfgang Ludwig Scherteln, dem Stammvater der Geisingischen Branche, bald hernach für 20000 fl. käuflich überlassen hätten; welches, wofern sie nicht allerseits ihren Antheil daran gehabt, nicht geschehen seyn würde; ferner auch b) die würtembergischen Lehen, dem Stammvater der würtembergischen Linie, Hanß Heinrich Scherteln, für 62600 fl. angeschlagen, und, nach dem §. 2. des Recesses, um diesen erstbemeldeten Preiß unter der Bedingung, daß, wenn er ohne eheliche männliche Leibeserben aus dieser Welt abscheiden würde, seinen Brüdern, derselben ehelichen Söhnen, ohne alle Beschwerniß, wie nicht weniger die Stammheimischen eigenthümlichen Güter, da er die immittelst an sich bringen würde, gegen Erstattung desjenigen, wie solche Stammheimische eigenthümliche Güter, in allen angeschlagen worden, fallen und kommen zu lassen schuldig und verbunden seyn sollte, überlassen worden wären; daher auch bey dem im Jahr 1737 geschehenen Verkauf des Stammheimischen Gutes, alle Schertelnsche Agnaten, auch der jüngstverstorbene Friedrich Carl von Scherteln, zu Mauren, mit eingewilliget hätte; dessen Einwilligung, wenn sie nicht wegen des Aequivalents der 62600 fl., daß nämlich die an-

dern

dern Agnaten dereinsten nach seinem, ebengedachten Friedrich Carls von Scherteln, ohne männliche Nachkommen erfolgten Tode, soviel aus seinen Gütern zu hoffen hätten, geschehen, nicht nöthig gewesen seyn würde; sodann 2) Hanß Friedrich Scherteln, bey dem ihm überlassenen 165000 fl. baaren Gelde oder vielmehr guten richtigen Zinßbriefen, des Wiederfalls halber, damit zwischen den Brüdern eine Gleichheit erhalten würde, in dem §. 2. des Recesses, auf den Fall, da er ohne eheliche männliche Leibeserben Todes verfahren würde, auf seine Brüder oder derselben eheliche männliche Leibeserben 62600 fl. von sothanen ihme zugetheilten richtigen Zinnßbriefen zu transmittiren und fallen zu lassen, auferlegt worden sey; wodurch also diese Summe die Gestalt eines Fideicommisses bekommen, mithin auch auf dem Gute Mauren stillschweigend bishero unterpfändlich gehaftet hätte, angesehen sonst ohne diesem Unterpfande, die Brüder und Nachkommen des Hanß Friedrich Schertels, weil sich das Geld leichte ausgiebet, gar bald um das Aequivalent der 62600 fl. gekommen und dieses der Absicht des alten Sebastian Schertels; nach welcher er, wie vorhin gedacht, des Wiederfalls halber, zwischen den Brüdern eine Gleichheit haben wollen, entgegen gewesen seyn würde; welche fideicommissarische Beschaffenheit der 62600 fl. sich noch mehr daraus ergäbe, daß, weil 3) die Maurensche Linie, wegen der Coinvestitur der ganzen Familie auf alle von derselben besitzende so wohl oesterreichische, churbayerische, als auch würtembergische Lehne, auf den Fall, da die übrigen Linien früher verblühet wären, einen gleichen Vortheil bey diesen Linien gehabt haben würden; nun auch diesen Linien, zur Erhaltung der wechselsweisen Erbfolge, nach der Nähe des Grades, ein gleiches Recht zu succediren zustehen müsse f); bevorab 4) in dem mehrgedachten Receß an einem Orte der Ausdruck: seinen Brüdern oder derselben männlichen Erben: an andern Orten aber die Worte: eheliche männliche Leibeserben: zu befinden wären; folglich die drey Stammväter und Verfasser dieses Recesses, sothane Ausdrücke ohne Unterscheid für gleichgeltend, und also die sämtlichen künftigen Nachkömmlinge, und nicht eingeschränkt, blos die Söhne, darunter begriffen hätten, massen sonst schon die Enkel von aller Erbfolge der Lehen sowohl, als der Allodialien unschuldiger weise ausgeschlossen und auf das unbilligste von Groß- und Uhrgroßeltern herfliessenden Benefitien verlustig worden seyn würden; welches aber, daß es

f) *Nam iura successionis regulariter sunt reciproca l. 11. C. de legitim. hered.*

es die Meinung der Contrahenten gewesen, die Enkel von der Erbfolge auszuschliessen, um so weniger anzunehmen wäre, als 5) theils in der Lehre von Fideicommissen und Lehngütern unter den Worten: eheliche männliche Leibeserben: nicht blos die Söhne oder die männlichen Nachkommen des ersten Grades, sondern vielmehr alle männliche Descendenten ohne Ende begriffen und verstanden, auch solche an den Lehenhöfen dafür erkannt würden, theils aber auch, weil nach dieser Natur der Lehne, vermöge welcher selbige auf alle männliche rechtmäßige Descendenten erbten, selbige ebenfals, bey einer auf die gesammte Hand investirten Familie, nicht einer, sondern allen Linien und Branchen der Familie zu gute kämen; solchemnach auch die zum Aequivalent gesetzten 62600 fl. weil nach dem §. 2. des Recesses, des Wiederfalls halber, zwischen den Brüdern eine Gleichheit erhalten werden sollen, ebenfals bey der Schertelnschen Familie bestehen und in ihrer Gültigkeit dergestalt, daß solche, nach Absterben derjenigen Linie, bey welcher solche gehaftet, auf die nächsten übergiengen, verbleiben müßten, in Erwägung, daß ausserdem in mehrberichtetem Hauptrecesse eine Verordnung wegen des Aequivalents vestzusetzen unnöthig, ja überflüßig gewesen seyn würde; endlich 6) daß die drey Stammväter, zur Zeit des errichteten Recesses, blos für ihre Söhne alleine, weiter aber gar nicht für die Enkel und übrigen Abkömmlinge, bekümmert gewesen seyn und die Söhne alleine durch den Receß bedacht haben sollten, aus dreyfacher Ursache nicht zu glauben stünde, a) weil damahls die Familie erst in Flor gekommen, und dieser dadurch, daß man keine wechselsweise Succeßion statt finden lassen wollen, verhindert worden seyn würde, b) weil die Enkel und übrigen Abkömmlinge doch ebenfals ihres Geblüts und ihre Leibeserben gewesen wären, gleichwohl, wenn unter den männlichen Leibeserben des Hanß Friedrich Schertels, im §. 2. des Recesses, nur die Söhne zu verstehen seyn sollten, daraus der mit der Absicht der Paciscenten streitende Satz, daß, nach dem Abscheiden dieser Söhne, die Enkel des Hanß Friedrich Schertels von der Erbschaft ihrer Vettern ausgeschlossen, folgbar die Allodialgüter in Burtenbach, Stammheim, Geißingen rc. der Vettern weiblichen Descendenz, die Lehen aber den Lehenherren heimfallen sollen, zu folgern seyn würde, und c), weil dadurch der weiblichen Descendenz der beyden jüngern Söhne des alten Johann Sebastian Schertels sehr schlecht vorgesehen worden seyn würde, anerwogen auf die Art, wenn dem ältesten Sohne und Bruder die Capitalien ohne dereinstigen Rückfall der 62600 fl. lediglich zu seinem Eigenthum zugeschlagen worden wären, die weiblichen Nachkommen

der

der vorhingedachten beyden jüngern Söhne nur die auf den ledigen Anfall ihnen ausgesezten 102400 fl., die weiblichen Nachkommen des ältern Sohnes hingegen die völligen 165000 fl. zu beerben gehabt hätten; mithin, daß die Schertlen Maurenschen Haupterben den Abkömmlingen der Stammheimischen Linie, nämlich Anton Eberhard, desgleichen Friedrich und Friedrich August Scherteln das qu. Capital à 62600 fl. als ein Fideicommiß vel quasi abzutreten verbunden wären, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. Familienfideicommisse solche Verordnungen sind, wodurch zur Erhaltung des Flors der Familie vestgesetzet wird, daß etwas beständig bey dem Geschlechte der Familie bleiben und von einem auf den andern erben soll; solchemnach, wenn etwas ein Familienfideicommiß seyn soll, dazu folgende Eigenschaften, erstlich, daß etwas erweislicher Masen zur Erhaltung des Flors der Familie entweder mit ausdrücklichen oder solchen Worten, woraus es sicher kann gefolgert werden, ausgesetzt worden, folglich die Sache in so etwas, welches nicht leichte durch die Länge der Zeit verbraucht wird, bestehe, zweytens, daß sothane Verordnung aus der Absicht, daß die Sache beständig bey dem Geschlecht der Familie bleibe, mithin nicht veräusert werde, gemacht sey, erforderlich ist; folgbar wenn bey einem Geding, wodurch vermeintlicher Masen ein Familienfideicommiß errichtet worden seyn soll, diese Eigenschaften nicht anzutreffen, dasselbe auch für keinen Vertrag, wodurch würcklich ein Familienfideicommiß angeordnet wäre, zu halten ist; dieses nun aber zum Voraus gesetzt, ad 1) in dem Hauptrecesse vom Jahr 1595 nicht dergleichen, sondern vielmehr entgegengesetzte Eigenschaften anzutreffen sind, anerwogen in selbigen weder dieses, daß die Erben die altväterlichen Güter nicht verkaufen, veräusern, verändern, versetzen, verpfänden, mit Bürgschaft beschweren, noch durch einige andere Wege in fremde Hände kommen lassen oder zertheilen sollten, noch dieses, daß die Nachkommen solche Güter zu desto besserer Conservation und Erhaltung ihres wohlhergebrachten Standes und Stammes forthin zu ewigen Zeiten haben und besitzen sollten; als woraus sonst ein Familienfideicommiß gemuthmasset wird g), noch vielweniger ausdrücklich das Wort,

g) *Menoch de praesumt. lib. 4. praes. 69. num. 16.* Dn. de CRAMER *in obseruat. var. tom.* III. *obs.* 982. *pag.* 796. *et* SIL. 10. FRID. HERTEL *in diss. de alienatione fideicommissorum familiae vel omnibus etiam de ea consentientibus illicita,* §. 8. *Ien.* 1737. ESTOR in der teutschen Rechtsgelahrheit. §. 3428.

Wort, Familienfideicommiß, darinn angetroffen wird; in solchem Falle aber, wenn weder ausdrückliche noch solche Worte, woraus nothwendig, daß die Güter zum Ansehen der Familie erhalten werden solten, gefolgert werden kann, vorhanden sind, die nicht geschehene Errichtung eines Familienfideicommisses angenommen werden muß h); sowohl die 62600 fl, welche das Familienfideicommiß ausmachen sollen, in Gelde, ohne daß ihm eine Unbeweglichkeit gleichsam gegeben worden, bestehen; womit aber dergleichen Fideicommiß nicht errichtet zu werden pfleget i); auch die Güter des alten Hanß Sebastian Schertels, wenn sie auch, wie doch so deutlich aus dem Recesse nicht abzunehmen ist, in Erb- und Stammgüthern, die, nach fränkischen Gebrauch, entweder eigenthümlich, ohne Lehnsbarkeit, oder als Lehn, weil sie etwa bereits in alten Zeiten, zur Erhaltung der Familie, Schutz und Schirms halber, zu Lehn aufgetragen worden k), von ihm besessen gewesen, bestanden, durch den mit seinen drey Söhnen errichteten Receß gänzlich sind getheilet worden; daß also ihre Natur hierdurch vielmehr aufgehoben worden ist, als daß sie durch den Receß, in Ansehung der Nachkommenschaft, stärcker befestiget worden seyn solte, angesehen der alte Schertel mit seinen drey Söhnen, vermuthlich weil sie allerseits schon zum voraus gesehen, daß die Gemeinschaft der Güter unter ihnen dereinsten gewöhnlicher Masen nur Zanck und Streit erwecken dürfte, zu Fürkommung schädlichen und grossen Unwillens, Uneinigkeit, Mißverständnisses, welche in Zukunft nach seinem, des alten Schertels, Ableben, wegen der Vertheilung entstehen möchte, die Güter in diesen Receß, wie dessen Eingang mit klaren Worten besaget, in eine endliche Grund- und Erbtheilung gebracht haben; eine Grundtheilung aber, oder wie sie auch genennet wird, eine Todtheilung, in derjenigen Theilung, wodurch die Gemeinschaft der Güter gäntzlich aufgehoben und einem jeden sein Antheil dergestalt, daß keiner von dem andern, oder deren Nachkommen jemals daran Anspruch zu machen befugt seyn soll, besonders angewiesen wird, bestehet l); und daß die

h) KNIPSCHILD *de fideicommissis familiarum nobilium cap.* 7. *num.* 87. *et* 94. *cap.* 14. *num.* 44. HERTIVS *in resp.* 419. *num.* 1. 9. Freyherr von Cramer in Wetzlarischen Nebenstunden, *par.* 37. *tract.* 6. §. 2.

i) KNIPSCHILD *l. c. cap.* 5. §. 96. *seq.* PVFENDORF *in obseru. iur. vniu. tom.* III. *obs.* 1. §. 12.

k) STRVV *in corpore iuris publici, cap.* 32. §. 3. *pag.* 1233. LÜNIG *in corpore iuris feudalis, tom.* III. *pag.* 146.

l) Henneberg. Land. Ordn. *lib.* 3. *tit.* 5. c. 1. HALTAVS *in glossario medii aeui*

die Contrahenten diese Theilung im Sinne gehabt, sich theils aus dem vorhingedachten Beyworte: endliche: theils auch daraus, daß dem jüngsten Sohne das ihm zugetheilte Gut Burtenbach zu verkaufen oder in andere Hände kommen zu lassen ausdrücklich verstattet, und seinen Brüdern oder deren männlichen Erben daran nur ein Vorkaufsrecht, ausserdem aber, wenn er ohne eheliche männliche Leibeserben versterben und das Gut unveräusert hinterlassen würde, das Recht, dieses Gut von dessen Töchtern, mit Erstattung 102400 fl. an sich zu lösen vorbehalten, und also nur in so ferne hiedurch die Grundtheilung, in Ansehung dieses Gutes Burtenbach, eingeschränckt, hingegen wegen der 62600 fl, welche von den 165000 fl., wofür dem jüngsten Sohne das Gut Burtenbach angeschlagen gewesen, übrig geblieben, seinen Brüdern kein Recht vorbehalten worden ist; sowohl, wenn selbst ein Gut nicht zum Fideicommiß gemacht worden, auch das aus dessen Verkaufung gelösete Geld nicht dafür angesehen werden mag m); mithin sothane 62600 fl. dem jüngsten Sohne, nach der Natur der Grundtheilung, ohne allen künftigen Anspruch seiner Brüder oder deren ehelichen männlichen Leibeserben, zur alleinigen freyen Disposition überlassen worden sind; welches vermuthlich unter andern auch aus der Ursache, weil ihm, Hanß Sebastian Scherteln den Jüngern, von solchem ihm zugetheilten Gute, ohne seiner andern Gebrüdere Zuthun und Beschwerung seine beyden jüngern Schwestern, mit Nahmen Jungfrau Rosinen und Jungfrau Sabinen, auszusteuren und jeder fürs Heyrathsgut 7000 fl, sodann für Ausfertigung und Hochzeitsunkosten 3000 fl, und also in einer Summe jeglicher 10000 fl zu entrichten und zu bezahlen, ihnen auch und einer jeden insonderheit solche 10000 fl von dato an, so lang und so viel, biß sie deren habhaft gemacht worden, landläufiger Weiß, zu verzinsen, in dem § 1. des Recesses auferleget worden, wohl geschehen seyn mag; und, wenn dahero gleich ad a), nach dem im Jahr 1653 erfolgten Ableben dieses Johann Sebastian Schertels, des Jüngern, die damaligen beyden Brüder, Johann Conrad und Johann Georg der Maurenschen Linie, ihren Antheil, an ihre zwey

aeui voc. Grundtheilung. IO. GEORG. ESTOR *in diss. de terrarum partitionibus illustrium Germaniae inter se, praesertim ea, quae vocatur* Todtheilung *illarumque effectibus quoad successionem. Marburg.* 1746. PÜTTER *in element. iur. germ.* §. 741. *Goett.* 1756. Cramer in Wetzlarischen Nebenstunden *par.* 19. *tract.* 1.

m) *Dn. de* CRAMER *in obseruat. iur. uniu. tom. I. obs.* 381.

zwey Vettern Johann Heinrichen und Wolfgang Ludwig Schertelin, für 20000 fl. käuflich überlassen, solches dennoch, besage des §. 1 des von ihnen im Jahr 1653 darüber errichteten und in Abschrift beygelegten Vergleichs, nicht wegen eines von Quärenten so genanten Aequivalents der 62600 fl., sondern wegen ihres aus dem mehrerwähnten Recesse vom Jahr 1595 ihnen, auf diesen Fall, vorbehaltenen zustehenden Rechtes an dem Gute Burtenbach selbst, geschehen ist; sodann auch ad b) der mitlere Sohn, Hanß Heinrich Schertel, von welchen die Stammheimische Linie abstammet, auf dem Fall, da er ohne eheliche männliche Leibeserben, aus dieser Welt abscheiden würde, mit keinem Rückfalle an baaren Gelde, à 62600 fl. auf seine Brüder oder derselben eheliche männliche Leibeserben, sondern damit, daß er alsdenn die ihm für 62600 fl. angeschlagene Würtembergischen Lehngüter seinen Brüdern, derselben ehelichen Söhnen, ohne alle Beschwerniß, das ist, ohne alle Veräuserung und Schuldenlast, wie nicht weniger die Stammheimischen eigenthümlichen Güter, da er die immittelst an sich bringen würde, als nachhero geschehen, wie solche Stammheimische eigenthümliche Güter in allen angeschlagen worden, fallen und kommen zu lassen schuldig und verbunden seyn sollte, beschweret worden ist; folgbar die nachherige Einwilligung, des jüngst verstorbenen Friedrich Carls von Schertel, zu Mauren, in den im Jahr 1737 geschehenen Verkauf des Stammheimischen Gutes, nicht wegen eines Aequivalents von 62600 fl. baaren Geldes, so gegentheils die andern Agnaten dereinsten, nach seinen ohne männliche Erben erfolgten Tode, aus seinen Gütern zu hoffen hätten, geschehen, sondern wegen des ihm an den Stammheimischen eigenthümlichen Gütern selbst in dem Recesse vorbehaltenen und kurtz zuvor erwehnten Rechtes ertheilet worden ist; solchemnach ad 2), ob zwar ein Familienfideicommiß bey den Teutschen von je her, um die Geschlechter bey guten Wohlstande und Vermögen zu erhalten, die gröste Gunst gehabt, und dieserhalb eher zu erweitern, als zu beschräncken ist n); und dieserwegen dasselbe, ohne auf die neueste Verordnung des römischen Rechtes zu sehen o), nach welchen es

n) STRYK *in caut. testam. cap.* 21. *memb.* 1. §. 24. *pag.* 874. *et* 878. Idem *de success. ab intest. diss.* 7. *cap.* 4. §. 33. 1). Idem *in diss. de iure successoris in revocandis bonis familiae*, §. 13. VULTEIUS *in consil. Marpurg. cons.* 25. *num.* 31. *Vol.* II. *Consil. Hallens. tom.* I. *lib.* 2. *cons.* 309. *num.* 6. CRAMER *in obseruat. iur. uniuers. tom.* 2. *par.* 2. *obs.* 771. *pag.* 485. ESTOR in der teutschen Rechtsgelahrh. *par.* 2. §. 3425.

o) *Nou.* 195. *cap.* 2.

es nicht über die vierte Generation fortdauert, biß auf den letztern der Familie sich erstrecket, und solchergestalt dem ältern römischen Rechte p), weil es dem Endzwecke eines errichteten Familienfideicommisses gemässer, nachgegangen wird q), dennoch diese Gunst bey einem Fideicommiß, so schlechthin gemacht worden, nicht statt findet, und dahero keine Ausdehnung, weder von einer Person auf die andere, noch von einem Orte auf den andern, noch von einer Sache auf die andere gemacht werden darf, sondern genau bey den Worten zu bleiben ist r), anerwogen dadurch die Freiheit des Erbens zu seiner Beschwerde eingeschränkt wird, und also der Fideicommittent, wenn er etwas anderes, als die Worte besagen, verstanden haben will, deutlicher, wofern nicht dereinsten die Auslegung wider ihn gemacht werden soll, zu reden verbunden ist s); bey diesem Fideicommiß aber, da dem ältesten Schertelischen Sohne, in dem §. 2. am Ende des Recesses vom Jahr 1595, auf den Fall, da er ohne eheliche männliche Leibeserben Tods verfahren würde, auf seine Brüder oder derselben eheliche männliche Leibeserben 62600 fl. von denen ihm zugetheilten richtigen Zinßbriefen zu transmittiren und fallen zu lassen, auferlegt worden, weder ausdrücklich, noch stillschweigend, daß es die Natur eines Familienfideicommisses haben sollte, von den Paciscenten angezeiget worden ist; folgbar jene Worte in keiner ausgedehnten Bedeutung zu nehmen sind, und unter den ehelichen männlichen Leibeserben nicht ferner dieser ihre eheliche männliche Leibeserben und so weiter, oder die sämmtliche männliche Nachkommenschaft bis zu deren Erlöschung verstanden werden darf, sondern, daß mit den männlichen Leibeserben, die Söhne angedeutet werden sollen, dafür zu halten ist t); in mehrerm Betracht, daß, wenn der mitlere und jüngste Bruder, auch so gar nach gänzlicher Erlöschung des Mannsstammes ihres ältesten Bruders, den Rückfall der 62600 fl. verlangt, sie dieses, vorigen Gründen nach, ausdrücklich hätten ausbedingen müssen; da-

p) *l. 69. §. 3. D. de legat. II.*

q) KNIPSCHILD *de fideicom. fam. nob. cap. 7. n. 106. seq. et 131. seq.* STRYCK *de caut. testam. cap. 21. memb. 1. §. 24. pag. 886. et de succ. ab intest. diss. 7. cap. 3. §. 38. 39. 40. et 41.* CRAMER *l. c.* HERTEL *in diss. de alienatione fideicom. fam. §. 15.* WERNHER *in sel. obs. for. tom. I. par. 4. obs. 135. et tom. II. par. 8. obs. 256. et tom. III. par. 2. obs. 306.*

r) KNIPSCHILD *l. c. cap. 7. §. 103.*

s) *Interpretatio contra eum facienda est, qui clarius loqui debuisset.*

t) a SANDE *in decis. aur. lib. 4. tit. 5. def. 10.* WERNHER *in sel. obs. for. tom. III. par. 2. obs. 352.* BERGER *par. 2. resp. 218.* LEYSER *spec. 404. med. 1-8. pag. 999. et med. 12. cor. 3. pag. 1005.*

hin aber auch, weil sie solches sich vorzubehalten unterlassen und gleichwohl sonst in diesem Receße eine so genau bestimmte Abtheilung gemacht worden, ihre Absicht nicht gegangen zu seyn scheinet; und also auch der Zweifel, als wenn die Verträge vor Alters nicht so deutlich und umständlich, als in den neuern Zeiten geschehen und man jetzo zu thun pflegte, abgefaßt worden, diesem Recesse vom Jahr 1595, der zumal mit Hülfe so vieler ansehnlichen Beystände und Vormünder errichtet worden, nicht entgegen gesetzet werden mag; mithin, da die Ueberlassung der 62600: fl. an den mitlern und jüngsten Schertelnsen Sohn, oder deren eheliche männliche Leibes Erben, dem ältesten Schertelnschen Sohn nur auf den Fall, da er ohne eheliche männliche Leibeserben Todes verfahren würde, aufgegeben worden, dieser Fall sich aber nicht ereugnet, sondern der älteste Schertelnsche Sohn, nach seinem Tode, eheliche männliche Leibeserben hinterlassen hat, dieses Fideicommiß hiedurch alsobald erloschen ist u); so wohl (ad 3) die Succeßion in ein Lehn von der Succeßion so wohl in ein Familienfideicommuß x), als auch insbesondere in ein schlechthin und noch darzu nur bedingungsweise angeordnetes Fideicommiß gar sehr unterschieden ist; massen bey diesem nur diejenigen, denen es auf erfolgte Bedingung abgetreten werden soll, bey jenem, dem Lehn aber, alle lehnsfähige Personen, welche von dem ersten Erwerber abstammen, zur Succession gelangen y); folgbar, weil die Natur beyder Succeßionen ganz abweichend von einander ist, auch von der einen auf die andere, daß ich nämlich demjenigen, so mit in mein Lehn succediret, auch wechselsweise in sein Fideicommiß succedire, nicht geschlossen werden mag; welches, bey gegenwärtiger Sache, sich daraus um so mehr veroffenbaret, als der Maurenschen Linie, weil sie von dem ersten Erwerber der Lehngüter gleich den andern beyden Linien entsprossen, schon ohnehin ein Erbfolgsrecht in die Lehngüter zugestanden, und, daß sie, durch den Receß vom Jahr 1595, wegen dieses Erbfolgsrechtes, mit einem Fideicommiß von 62600 fl., auf den Fall, da ihre männliche Nachkommenschaft erloschen seyn würde, beschwert seyn sollen, aus selbigem nicht abzunehmen stehet, so wenig auch ihr, wie oben ad 1) a) et b) ausgeführet worden, ein gleicher Vortheil, nämlich, nach Verblühung des Mannsstammes der andern beyden Linien in eine gleichmäßige

u) *l. 174. §. 13. D. de legat.* I.

x) KNIPSCHILD *de fideicomm. famil. cap. 9. num. 8.* STRYK *in tract. de success. ab intest. diss. 7. cap. 3. §. 14.*

y) I. F. P. WEHNER *in obseru. select. voc.* Erben *pag. 92.* KÖPPEN *in decis. par. 2. decis. 7. num. 64. 65.*

ge Summe von 62600 fl. zu succediren vorbehalten worden ist; gleichergestalt ad 4 et 5) aus dem, daß bey den Schertelnschen Lehngütern, und besonders den Burtenbachischen, ebenfals nur der ehelichen männlichen Leibeserben, und, bey den Würtembergischen, so gar nur der ehelichen Söhne gedacht worden, die Folge, daß also diese Wörter bey dem Fideicommiß in gleicher Bedeutung zu nehmen, keinesweges hergeleitet werden mag; massen, wenn gleich diese Wörter, nach dem Lehnrechte alle lehensfähige Nachkommen bedeuten, und unter selbigen, auch allenfals bey einem Familienfideicommiß, wenn man nicht siehet, daß bloß auf die Personen eine Einschränkung gemacht seyn sollen, alle männliche Nachkommen zu verstehen sind, dennoch wie oben ad 2) gezeiget worden, bey einen schlechthin errichteten Fideicommisse ein ganz anderes zu sagen, und der angenommene Satz, daß die 62600 fl. auf die Mase, wie Quarent; daß es zu verstehen sey, vermeinet, ein Aequivalent wären, den gleichfals obausgeführten Gründen nach, unerweißlich ist; gestalten, wenn es gleich in dem §. 2. des Recesses heist: und damit des Wiederfalls halben zwischen den Brüdern Gleichheit gehalten werde: dieses dennoch nicht von einer solchen Gleichheit, wie sie die Stammheimischen Agnaten dermalen zu ihren Vortheil auslegen wollen, sondern von einer Gleichheit zwischen den damaligen dreyen Brüdern und auf die Art, wie sie durch die hinzugefügten Worte bestimmt worden, nämlich, daß er, Hanß Friedrich Schertel, in dem Fall, da er ohne eheliche männliche Leibeserben Todes verfahren würde, auf seine Brüder oder derselben eheliche männliche Leibeserben 62600 fl. von den Ihme zugetheilten richtigen Zinßbriefen zu transmittiren und fallen zu lassen schuldig und gebunden seyn solte; zu verstehen ist; ohne daß ad 6) hieraus der Satz, daß solchergestalt die drey Stammväter nur für ihre Söhne alleine, weiter aber gar nicht für die Enckel und übrigen Abkömmlinge bekümmert gewesen, gefolgert werden mag, sintemal jeder der drey Stammväter, bey dem ihm zugefallenen Theile gar wohl auf seine Nachkommenschaft, in wie ferne er und diese dereinsten sich davon erhalten können, gedacht haben und dieserhalb, daß er durch diese endliche Grund und Erbtheilung nicht verkürzet werde, darauf seinen Bedacht genommen haben wird; obgleich ad 2) die Paciscenten, wie oben ad 1) dargethan worden, ein wechselseitiges Familienfideicommiß zu errichten keinesweges zur Absicht gehabt; mithin, ob schon, in Ansehung des schlechthin angeordneten Fideicommisses der 62600 fl. unter den männlichen Leibeserben des Hanß Friedrich Schertels, nur dessen Söhne zu verstehen, dennoch daraus der Satz, daß

solchergestalt die Enckel des Hanß Friedrich Schertels auch von der Succession in die Lehne ihrer Vettern ausgeschlossen und also sothane Lehne, nach Erlöschung der männlichen Nachkommen ihrer Vettern, nicht auf die Maurensche Linie gekommen, sondern den Lehnherren heimgefallen seyn würden, sich gar nicht ergiebet, massen die Succession in die Lehne mit der Succession in ein schlechthin angeordnetes Fideicommiß, nach dem was bereits in obigen ad 3) deduciret worden, nicht zu verwechseln ist, indem, nach der gemeinen Lehnssuccession, auserhalb Sachsen, wobey es fürnämlich auf die Abstammung von dem ersten Erwerber ankommt, einem jeden von den Brüdern und deren lehensfähigen Nachkommen, wenn sie gleich das väterliche Lehn nicht in Gemeinschaft behalten, sondern getheilet haben solten, sein Erbfolgsrecht an dem Theile, so durch die Theilung auf den andern gekommen, wenn dieser andere dereinsten, ohne Lehensfähige Erben zu hinterlassen, verstirbet, vorbehalten bleibet z); endlich ad c) ob schon bey dieser in dem Recesse vom Jahr 1595 gemachten Theilung ein und der andere Theil, besonders die weiblichen Nachkommen, verkürtzet seyn solten, dennoch hierauf, da sämtliche Interessenten den Receß wiederhohlt genehmiget haben und annoch unter sich für gültig erkennen, nichts ankommt, bevorab da den Weibspersonen ohnehin in Lehngütern, der Regul nach, gar keine, wohl aber in die Erbstammgüter auf den Fall, da der Mannsstamm erlöschet, oder auf den ledigen Anfall, die Erbfolge zustehet a); sowohl, weil bey Theilungen, welche ohnehin von den Teutschen oftermahlen mit Fleiß, zum Besten des einen Stammes, um durch dessen Erhaltung fürnämlich den Flor der Familie zu befördern, ungleich geschehen b) und woraus vielleicht bey dem ältesten Schertelnschen Sohn, daß nämlich dieser mit dem ansehnlichen Capital der 165000 fl. sich Güter erwerben, und ebenfals, so wie seine beyden andern Brüder durch selbige den Glanz seiner Familie hauptsächlich befördern sollen, gesehen worden ist, oftermalen auch vieles schon so

z) *I. F. I.* §. 2. STRUV *in elem. iur. feud.* §. 258. Ienae 1754. CRAMER in wetzlarischen Nebenstunden *par.* 19. *tract.* 11 §. 14. *seqq.* HELLFELD *in elem. iur. feud.* §. 246.

a) KNIPSCHILD *de fideicomm. fam. cap.* 8. *n.* 265. STRYK *de succ. ab int. diss.* 7. *cap.* 2. §. 14. ESTOR in der teutschen Rechtsgel. *par.* 2. §. 3432. IO. STEPH. PÜTTERI *diss. de iure feminarum aspirandi ad fideicommissa familiae, et de earum renuntiatione, quae fit extincta iam stirpe masculina, vulgo* nach dem ledigen Anfall. Marp. 1745.

b) PÜTTER *in elem. iur. germ.* §. 739. Goett. 1756.

so durch die würckliche Abtheilung berichtiget und nicht alles, sondern nur die Hauptsachen in dem darüber verfertigten Receß zu Pappier gebracht werden, die Frage: ob durch die Theilung ein oder der andere verletzet worden? nicht allemal mit einer gewissen Zuverläßigkeit blos alleine aus dem Recesse beurtheilet werden kann; So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die Schertlen Maurenschen Haupterben den Abkömmlingen der Stamheimischen Linie, nämlich Anton Eberhard, desgleichen Friedrich und Friedrich August Scherteln, das qu. Capital à 62600 fl. als ein Fideicommiß vel quasi abzutreten nicht verbunden.

Ferner die zweyte Frage belangend, ob wohl Reinhard Friedrich Schertel zu Stammheim, wegen einer noch zu leisten gehabten Aussteuer, den sechstheilig lehenbaren Frucht und Weinzehenden zu Thamm, sammt dem einem Morgen Weingartens zu Fellbach, gleicher Qualität, der Wetzstein genannt, an seinen Vetter der Maurenschen Linie, Georg Friedrich Scherteln, mit lehnsherrlichen Consens, statt der Bezahlung der zu entrichten gehabten Aussteuer, besage Beyfuge sub lit. A, im Jahr 1696, jedoch ohne Nachtheil des Rechtes der Agnaten, welche auf den Erledigungsfall das nächste Recht und Zutritt haben, abgetreten hat; folgbar weil mit dem Tode des jüngst verstorbenen Friedrich Carl Schertels, der Erledigungsfall entstanden, und die dermaligen Stammheimischen Abkömmlinge, Anton Eberhard, Friedrich und Friedrich August Schertel dessen nächste Agnaten sind, selbigen auch sogleich mit dem Tode ihres vorhin erwähnten Vetters, solche Lehnstücke und deren Nutzungen von dessen Erben fodern zu können, das Recht entstanden zu seyn scheinet, mithin daß die Schertlen Maurenschen Haupterben zuvor benannten Abkömmlingen der Stammheimischen Linie gedachten Frucht und Weinlehenszehenden, zu Thamm, nebst dem einen Morgen Weingartens zu Fellbach, der Wetzstein genannt, und zwar schon sammt dem Ertrage des heurigen 1767sten Jahres, zu überlassen schuldig, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. bey Lehngütern diejenigen, welche von einem abstammen, wenn sie dessen Erben zu Lehnrecht geworden, auch nothwendig dessen Erben zu Landrecht werden und dieserhalb auch dessen Handlungen zu halten, und also selbige unangefochten zu lassen verbunden sind c); die derma-

c) *II. F. 45.* STRYV *in synt. iur. feud.* §. 24. HELLFELD *in elem. iur. feud. c.* 9. §. 11. HORN *in iurispr. feud. cap.* 16. §. 254.

dermaligen Stammheimischen Abkömmlinge aber, Enkel des Reinhard Friedrich Schertels sind; folgbar dessen Handlung, wodurch er besagte Lehnsstücke an seinen Vetter der Maurenschen Linie, statt der Bezahlung der zu entrichten gehabten Aussteuer abgetreten, um so weniger, weil solches wegen einer subsidiarischen Lehnschuld geschehen d), wiederum umstossen können: So achten wir in Rechten gegründet zu seyn, daß die Schertlen Maurenschen Haupterben besagten Abkömmlingen der Stammheimischen Linie, gedachten Frucht und Weinlehenszehenden, zu Thamm, nebst dem einem Morgen Weingartens zu Fellbach, der Wetzstein genannt, zu überlassen nicht schuldig.

Endlich die dritte Frage betreffend, ob wohl nachdem der männliche Stamm der Maurenschen Linie mit Friedrich Carl Schertein erloschen, auch alles dasjenige, so das Lehn betrift, an dessen nächste Lehnsagnaten übergehet; solchemnach auch die 20000 fl. weil selbige, ehedessen die beyden Maureaschen Brüder, Johann Conrad und Johann Georg, von ihren zwey Vettern würtembergischer Linie für ihren am Burtenbach gehabten Lehnsantheil erhalten, und also eine Lehnsqualität bekommen zu haben scheinen, nunmehro den Abkömmlingen der Stammheimischen Linie wiederum für zurückgefallen anzusehen seyn dürften, in mehrerm Betracht, daß ob zwar die würtembergische Linie den würcklichen Genuß des Burtenbachischen Lehns durch diesen Kauf an sich gebracht, dennoch die zwey Brüder von Mauren, wegen des dafür empfangenen Geldes, für würckliche Besitzer, und der ganze Kauf nur für einen Tausch zu halten seyn möchte, massen dasjenige, was der würtembergischen Linie an dem würcklichen Genuß des Lehnes zugewachsen, ihr hinwiederum an baarem Gelde von ihren Vermögen abgegangen, und so umgekehrt, was die Maurensche Linie durch das Geld überkommen selbige an dem Genusse des Lehnes verlohren; mithin daß die Schertlen Maurenschen Haupterben den dermaligen Abkömmlingen der Stammheimischen Linie gedachte 20000 fl. nunmehro wiederum herauszugeben pflichtig, dafür gehalten werden möchte:

D. q. u. d. bey einzelnen Sachen, das Geld nicht an die Stelle der Sache, und diese, nicht an die Stelle des Geldes trit, massen die Regul:

d) STRUV *in synt. iur. feud. cap.* 14. *obs.* 91. *cum supplem.* §. 17. WERNHER *in sel. obs. for. par.* 5.

Regul: surrogatum assumit naturam ejus, in cujus locum surrogatum est; oder: pretium succedit in locum rei, et res in locum pretii: nur bey vniuersitatbus juris statt findet e); solchergestalt auch das Geld, wofür ein Lehn dem Andern durch einen Verkauf oder Vergleich überlassen wird, durch den blossen Verkauf oder Vergleich sich nicht in Lehn verwandelt, sondern als Erbe, worein dereinsten nicht die Lehn, sondern die Landerben succediren, angesehen wird f); sowohl der über sothanen Lehnsantheil geschlossene Handel in keinem Tausche, sondern in einem Vergleiche, wodurch die Maureusche Linie solchen der Würtembergischen überlassen, bestanden hat; und, wenn er auch ein würcklicher Tausch gewesen, dennoch, nach obigen Gründen, das Geld in kein Lehn dadurch verwandelt worden, sondern als Allod nunmehro auf die Maurenschen Allodialerben gebracht worden ist: So sind wir auch des rechtlichen Dafürhaltens, daß die Schertlen Maurenschen Haupterben besagte 20000 fl. den Nachkommen der Stammheimischen Linie heraus zu geben nicht verbunden. V. R. W.

XV.

Rechtliches Gutachten

nach B ** im März 1763.

1. Die Eltern, besonders die Mutter, sind zuweilen ihren Kindern, deren in Verwaltung gehabten Güter nach einem *inuentario*, oder, in Ermangelung dessen, einer eydlichen Specification auszuhändigen schuldig.
2. Die Mutter kann ihren Kindern, von deren Gütern sie die Fruchtnießung hat, die Alimente nur in so ferne, als selbige die Fruchtnießung übersteigen, anrechnen.

Als Uns nachstehende Geschichtserzehlung nebst zwey Fragen zugeschicket und deshalb unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen Wir vor Recht:

Ist

e) *l. 48. §. vlt. D. de furtis l. 20. D. de hered. pet.*

f) *II. F. 26. §. Si vasallus de beneficio suo agat.* CARPZOV *in iurispr. for. par. 3. const. 30. def. 1.* STRVV *in synt. iur. feud. cap. 4. §. 4.* HORN *in iurispr. feud. cap. 4. §. 26.* HELLFELD *in elem. iur. feud. §. 104.*

Ist Nicolaus Kühn aus Kleintauschwitz in Altenburgischen um das Jahr 1746 verstorben und hat seine Frau, Maria Kühnin, als Witbe, einen Sohn, Adam Kühn, vom 3½ Jahr und eine Tochter, Eva Kühnin, von 1½ Jahr als seine Intestaterben zu einen ziemlichen Vermögen nach sich gelassen. Ist die gedachte Witbe Maria Kühnin, ohne ein gehöriges Inventarium zu errichten, in ihres verstorbenen Mannes Nachlassenschaft sitzen geblieben, und hat über ihre beyden vorerwähnten Kinder bishero die Vormundschaft geführet. Hat darauf ihr Sohn Adam Kühn, als er gesehen daß sie seiner Schwester mit mehrerer Liebe zugethan, er auch seine eigene Haushaltung anzufangen und sich zu verheyrathen beschlossen, seinen Antheil an der väterlichen Erbschaft und deshalb, wegen Ermangelung eines gerichtlichen Inventariums, eine eydliche Specification von ihr begehret. Hat sie nun auch wohl ein Verzeichniß von dem, was ihr seel. Mann, Nicol Kühn, verlassen und was ihr Sohn Adam Kühn, von ihr bekommen, bey dem Fürstlichen Amte, zu Altenburg, eingegeben, finden sich aber dabey verschiedene Mängel. Wird also gefraget:

1) Ob sie nicht eine genauere und mittelst Eydes zu bestärkende Specification ihrem Sohne von dem väterlichen Nachlaße heraus zu geben verbunden?

2) Ob sie nicht, in Betracht des von dem väterlichen Nachlaße gehabten Nießbrauches, die ihrem Sohne angerechneten Alimente und was sie sonst vor ihm ausgeben müssen, fallen zu lassen und also ihm nichts abzuziehen schuldig?

Ob nun wohl, was die erste Frage anlanget, die Eltern überhaupt die Vermuthung vor sich haben, daß sie ihren Kindern nichts veruntrauen g); und deshalb die Gesetze, weder bey dem Vater, noch bey der Mutter, den Kindern verstatten, daß diese ihrer Eltern Verwaltung so genau durchforschen und ihnen darüber einen Streit erregen h); solches auch wider die Ehrerbiethung seyn würde, welche Kinder dem Vater so wohl, als der Mutter gleich zu erweisen schuldig sind i); folglich daß die Mutter ihrem Sohne weder eine genaue, noch viel weniger eine

g) *l. 67. §. 1. D. de ritu nupt. l. 7. de curat. furiof.*

h) *l. 8. §. 5. C. de secund. nupt.*

i) *l. 4. D. de curat. furiof. l. 6. D. de in ius voc.*

ne mittelst Eydes zu bestärckende Specification herauszugeben verbunden sey, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. Quärent verschiedene Mängel wider die von der Mutter bey dem Fürstlichen Amte Altenburg eingegebene Specification angezeiget, und diese nicht anders, als durch eine genauere Specification gehoben werden können; hiernechst aus diesen Mängeln, wie auch aus ihrer, dem in der Geschichtserzehlung enthaltenen Angeben nach, gegen ihre Tochter geäuserten grössern Liebe der Verdacht entstehet, daß sie selbiger mehr als dem Sohne zuwenden dörfte; wo auch, nach den gemeinen Rechten, die Eltern von Verfertigung eines richtigen inuentarii nicht frey sind k); zudem auch eine Mutter in Altenburgischen, laut der Beyfuge zur Altenburgischen Landesordnung *par. 3. num. 13 §. 27. pag. 616.* nach Endigung der Vormundschaft, ihren Kindern das Vermögen, nach einem inuentario, auszuantworten in dessen Ermangelung aber, nach der in Sachsen überhaupt eingeführten Gewohnheit l), so in Chursächsischen ausdrücklich bestätiget worden m), eine eydliche Specification zu leisten verbunden; dahero ein Kind solche zu verlangen befugt, mithin deren Forderung keinesweges für eine Verletzung der kindlichen Ehrerbiethung *anzusehen ist;*

So achten Wir in Rechten gegründet, daß die Mutter Maria Kühnin ihrem Sohne Adam Kühnen eine genauere und mittelst eines Eydes zu bestärkende Specification von dem väterlichen Nachlaße herauszugeben schuldig sey.

Die zweyte Frage betreffend, obwohl Eltern von dem Ihrigen ihre Kinder nicht zu ernähren brauchen, fals diese eigene Mittel haben, wovon sich der Aufwand bestreiten läßt n); und dahero auch die Mutter alsdenn solches zu thun, nicht verbunden ist o), sondern die Ausgabe von der väterlichen Erbschaft abziehen kann p); und also daß die Mutter Maria Kühnin in gegenwärtigem Falle ein gleiches thun könne, es scheinen möchte:

O 2 D. a. u. d.

k) arg. *l. 2. C. qui et aduers. quos in integr. rest.* FINCKELTHAVS in *obseruat. pract. obs. 76. num. 16. et 20.*

l) RICHTER *decis.* 58. *num.* 3. COLER *par. 2. c. 3. num.* 401. CARPZOV. *par. 3. const. 33. def. 6.*

m) *Decis. elect. Sax.* 21.

n) *l. 5. §. 7. D. de agnosc. vel alend. lib.*

o) CARPZOV. *l. 6. tit. 7. resp.* 71. *num.* 13.

p) WERNHER in *obseru. for. par.* 10. *obs.* 393.

D. a. u. d. die Mutter Maria Kühnin im gegenwärtigem Falle, Inhalts der Geschichtserzehlung, nach ihres Mannes Tode, in dem Vermögen sitzen geblieben, und die Nutzung von ihres Sohnes Vermögen gehabt, und diese ihr im Altenburgischen q), nicht einmal von der Obrigkeit anders als gegen Alimentation und Unterhaltung ihrer Kinder erlaubet werden soll; folgbar, daß sie ihrem Sohne die ihm gegebenen Alimente nicht anrechnen könne, ausser Zweifel beruhet; dieses aber auf einen solchen Aufwand, welcher etwa die Grösse ihrer gehabten Fruchtnießung übersteiget, keinesweges zu ziehen ist r): So sind Wir der rechtlichen Meinung daß die Mutter, Maria Kühnin, so viel die Alimente und Unterhaltung betrift, sie diese ihrem Sohne Adam Kühnen, nicht anrechnen könne, wegen des übrigen aber, so sie ausser dem vor ihm ausgeben müssen, und welches etwa die Grösse ihrer gehabten Fruchtnießung übersteiget, ihrem Sohne anzurechnen allerdings berechtiget sey. V. R. W.

XVI.

Rechtliches Gutachten

nach G** im Julius 1764.

Von der Beerbung eines Ehemannes und Vetters in Ansehung seiner ausserhalb Landes gelegenen Güter.

1. Bey unbeweglichen Gütern wird die Erbfolge nach den Rechten des Ortes, unter dessen Gerichten sie gelegen, beurtheilet.
2. Die Meinung der Rechtslehrer von dieser Erbfolge, wenn der Verstorbene anderswo seinen Wohnsitz gehabt.
3. Wenn jemand ohne Testament verstorben, so wird vermuthet, daß er nach den Gesetzen des Ortes, wo er seinen Wohnsitz gehabt, sich beerbet wissen wollen.
4. Eines Verstorbenen sein Testament gilt auch ausserhalb Landes.

5. Der

q) laut Beyfuge zur Altenburgischen Landesordnung *P.* 3. *No.* 13. §. 27. pag. 616.

r) CARPZOV *par.* 2. *const.* 10. *def.* 18. *num.* 6.

5. Der Erbe hat sich nach den Gesetzen, wornach der Verstorbene gelebt und seine Erbschaft vererbfället wissen wollen, zu richten.

6. Eine Ehefrau wird durch die Ehe dem Gerichte ihres Mannes und dasigen Statuten unterwürfig, und erlangt daraus ihre Rechte und Verbindlichkeiten.

7. Eheleute können durch Ehepacten die Succession auch in Ansehung derjenigen Güter, welche anderwärts, als an dem Orte ihres Aufenthalts gelegen sind, mit vollkommner Würkung bestimmen.

8. Es ist ihnen auch ausserdem der Genuß der Rechte ihres Auffenthalts Ortes nicht zu entziehen, wofern die Obrigkeit des andern Ortes, woselbst die Güter gelegen, in Ansehung der Succession in selbige vorhero nicht das Gegentheil verordnet hat.

9. Dadurch daß an dem Orte, wo die Güter gelegen, eine von den Rechten des Ortes, wo der Verstorbene wohnhaft gewesen, abweichende Successionsordnung anzutreffen, ist die Erbfolge des letztern Ortes, wo der Verstorbene nämlich gewohnet hat, nicht für aufgehoben zu achten.

10. Das Erbschaftsrecht läßt keine Theilung zu.

11. Die Meinung dererjenigen Rechtslehrer, daß auch in die unbeweglichen Güter, welche anderswo gelegen, als wo der Verstorbene gewohnet und ein Unterthan gewesen, nach den Rechten dieses seines Wohnsitzortes zu succediren sey, ist gegründeter, als die Meinung dererjenigen, so Num. 2. angeführet worden.

12. In den herzoglich sächsischen Landen wird nach der Meinung der mehresten sächsischen Rechtslehrer die Succession der Eheleute, in Mangel der Ehepacten oder besonderer Gesetze des Ortes, nach dem römischen Rechte beurtheilet.

13. Wenn die Statuten eines Ortes, woselbst eine Witbe sich nicht aufhält, derselben einen gewissen Theil von ihres Mannes Vermögen zusprechen, so hat sie selbigen ganz frey ohne Einwerfung ihrer Güter.

14. Von der Succession einer Witbe nach chursächsischen Rechten.

15. Von der Succeßion einer unadelichen Witbe nach der gemeinen sächsischen Gewohnheit.

 16. Wie

16. Wie das arm seyn einer Witbe zu verstehen.

17. Von der Nothwendigkeit der Einwerfung der Güter, wenn eine Witbe in sächsischen Landen die statutarische Portion erhalten will.

Als uns nachstehende Geschichtserzehlung nebst zweyen Fragen zugeschickt, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen Wir vor Recht:

Hat Hanß Heinrich Tetsch, aus Gispersleben, als ein Knecht bey einer Witbe, Annen Elisabethen Wedekindin, welche zwey Kinder gehabt und zu Schwerborn, Erfurtischen Gebiethes, im Jahr 1737 sich eingeheyrathet, und nur ein weniges zu ihr gebracht. Hat selbiger gleich zu Anfange seiner Ehe die Haushaltung dergestalt eingerichtet, daß er nicht nur die Früchte von seiner Frauen, ungefähr in 29 Ackern bestehenden, Gütern, sondern auch die Früchte von denen seinen zwey Stiefkindern zugehörigen, und ungefähr 30 Acker ausmachenden Gütern, ganz alleine für sich eingezogen, und, ausser dem Abtrage der auf diesen beyden Gütern haftenden Beschwerden, davon weiter nichts, als das nöthige zum Brodte und zur Bestreitung des Haushalts, hergegeben, indem er sonst weder die Frau, noch deren Kinder in nothdürftiger Kleidung erhalten, noch für selbige in Krankheiten etwas für die Arzeneymittel bezahlet, sondern dieses alles und andere Haushaltungskosten sein Eheweib von der Viehnutzung, welche er ihr beständig gelassen, bestreiten, und was davon zu diesen Ausgaben nicht zulangen wollen, seines Weibes Mutter, so bey ihm gewohnet, zuschiessen müssen. Ist es solchergestalt geschehen, daß er sich seit seiner Ehe in 27 Jahren, ausser einigen Gelde und Capitalien, 39½ Acker erworben und geschaffet hat, worunter 3¼ Acker Wiesen in Mittelhäuser Fluhre, Fürstl. Sachsen Eisenachischen Gebiethes, gelegen sind, welche er daselbst für 180 fl. erkaufet hat. Ist nun gedachter Tetsch am 20ten Junii dieses Jahres verstorben, und hat zwar keine eheliche Kinder, jedoch seine Frau, die ehemalige Anne Elisabethe Wedekindin, als Witbe, welche im Eisenachischen nichts besitzet, und seiner leiblichen Schwester Sohn, Michael Heinrich Ernsten, in Erfurth wohnhaft, hinterlassen. Entstehen daher folgende zwey Fragen:

1) Ob die Vererbfällung der gedachten 3¼ Acker Wiesen der Mittelhäuser Fluhr, nach den Erfurtischen Statuten zu beurtheilen,

len, und also der Witbe der vierte Theil davon erblich, die übrigen drey Viertheile aber erwehnten Michael Heinrich Ernsten erblich, der Witbe hingegen auf Lebenszeit, so lange sie unverrückt in Witbenstande bleibet, im Nießbrauche zu lassen sind? Oder, daferne solche 3¼ Acker Wiesen nach Fürstl. sächsischen Rechten vererbfället seyn sollten,

2) Ob die Witbe nach selbigen von diesen 3¼ Acker Wiesen den vierten Theil, ohne Einwerfung des ihrigen, als eine statutarische Portion bekommen müsse?

Ob nun wohl, soviel die erste Frage betrift, die unbeweglichen Güter als ein Theil des Landes, wo sie gelegen, anzusehen, mithin der dasigen Herrschaft und Bothmäsigkeit dergestalt unterworfen, daß man die Gesetze und Gewohnheiten, welche in dem dasigen Lande der Güter wegen geordnet oder hergebracht worden, zu beobachten, und deshalb auch besonders nach den Rechten des Ortes, unter dessen Gerichten die Güter gelegen, die Erbfolge in diese Güter beurtheilen muß s); folgbar ein Auswärtiger zu selbigen nicht anders, als in wie fern die Gesetze des dasigen Ortes solches verstatten, gelangen kann t); auch dieserwegen, nach dem gemeinen Wahne der Rechtslehrer, daß, wenn der Verstorbene anderwärts seinen Wohnsitz gehabt, und, die dasigen Rechte, die Erbfolge anders, als an dem Orte, wo dessen Güter gelegen, bestimmt haben sollten, nicht nach jenes, sondern dieses Ortes Rechten die Güter vererbet werden müsten, dafür gehalten wird u), ob auch gleich in den Statuten des Orts, wo sich der Verstorbene aufgehalten, die Clausul; die Güter mögen liegen, wo sie wollen, mit eingerückt worden wär x); solchergestalt, daß die Beerbung der 3¼ Acker Wiesen; weil selbige in dem Fürstl. Sach-

s) *l. fin. D. de iurisdict.* IOH. A SANDE in *decis. Frisic. l. 4. tit. 8. def. 7.* MEVIUS *ad ius Lubec. part. 2. tit. 2. art. 10. num. 28.* KÖPPEN *Decis. 31. num. 9.* STRYK. in tract. *de succes. ab intestato diss. 1. cap. 4. §. 2.* GAIL. *lib. 2. obs. 124.* CHRISTINAEI *Vol. 1. Decis. 282. num. 17.*

t) Sächsisches Landrecht *Lib. 1. art. 30.*

u) GAIL *lib. 2. obs. 174. n. 9.* COLERUS *de proces. executiu. part. 1. cap. 3. num. 228. seqq.* RICHTER *de success. ab intest. in prooem. num. 34.* RICCIUS von Stadtgesetzen. *l. 2. cap. 16. §. 7.* STRYK in tractat. *de success. ab intest. diss. 1. cap. 4. §. 2.* IO. CHRIST. SCHRÖTER in diss. *de portione coniugum statutaria. th. 13.* Ienae 1712. Stein in Abhandlung des Lübischen Rechtes *part. 1. l. 2. tit. 1. §. 106-108.* BERGER in *oeconom. iur. l. 2. tit. 4. th. 46. seqq.*

x) CARPZOV *par. 3. c. 12. def. 17.* et *lib. 6. resp. 39.*

Sachsen Eisenachischen Gebiethe gelegen, nach dem sächsischen Rechte und nicht nach den Statuten zu Erfurth, in dessen Gebiethe der verstorbene Tetsch wohnhaft gewesen, zu beurtheilen, mithin die Witbe des verstorbenen Tetschens nicht den vierten Theil erblich und dreyviertel zum Niesbrauch von diesen Wiesen bekommen könne, es das Ansehn gewinnen möchte:

D. a. u. d. von einem ohne Testament verstorbenen die Vermuthung, daß er nach den Gesetzen des Ortes, wo er seinen Wohnsitz gehabt, seine Nachlassenschaft beerbt wissen wollen, gefaßt wird, sintemal er sonst, wenn er dieses nicht gewolt, diesen seinen davon abweichenden Willen durch ein Testament zu erkennen gegeben haben würde y); hiernächst wenn der Verstorbene ein Testament ausserhalb Landes, nach der dasigen Form, gemacht, selbiges auch aller Orten für gültig gehalten wird z), und daß dem Willen des Testirers, wenn er nicht dem Verbote der Rechte entgegen ist, in allen nachzuleben sey, die Gesetze klärlich verordnen a); auch der Erbe, weil er an die Stelle des Verstorbenen tritt, bekanten Rechten nach, dessen Willen zu befolgen verbunden ist, und sich dahero nach den Gesetzen, wornach der Verstorbene gelebt und seine Erbschaft vererbfället wissen wollen, ebenfals zu richten hat, zumal wenn er selbst, wie der gegenwärtige Schwestersohn des verstorbenen Tetschens, an dem Orte, wo der Verstorbene gewohnet, seinen Aufenthalt haben sollte; nicht minder eine Ehefrau durch die Ehe dem Gerichte ihres Mannes, mithin den Statuten dasigen Ortes, unterworfen wird b), folglich selbige nebst den, nach diesen Statuten, von ihr zu übernehmenden Verbindlichkeiten, auch der ihr darinne zum besten geordneten Vortheile, wohin fürnämlich die statutarische Portion gehöret, sich zu erfreuen haben muß; welche Portion ihr der Mann so wenig durch irgend eine Handlung zu entziehen vermocht, als wenig sie ihm die seinige zu schmälern befugt gewesen c); ferner gleichwie es den Eheleuten auch über die Güter, welche anderwärts, als an dem Orte ihres Aufenthalts, gelegen sind, durch Ehepacten die Succeßion anzuordnen, gemeinen Rechten

y) SCHVRFF *conf.* 26. *num.* 1. *cent.* 2. KÜPPEN *decif.* 31. *num.* 8.

z) GAIL *lib.* 2. *obf.* 123. *num.* 3. CARPZOV *part.* III. *conft.* 6. *def.* 12.

a) *l.* 13. *C. de vfufr. Nov.* 22. *c.* 2. in *princ. l.* 55. *de Legat.* 1. *c.* 15. X. *de teftam.*

b) *l.* 38. §. 3. *D. ad municipalem.*

c) *Nov.* 22. *cap.* 33. *c.* 16. *X. de teftamentis.* CARPZOV *par.* 3. *conft.* 7. *def.* 5.

ten nach, mit vollkommener Würkung verstattet wird d), also auch denenselben, fals sie dergleichen nicht gethan, auf die Rechte des Ortes, wo sie ihren Aufenthalt gehabt, und unterwürfig gewesen, der Genuß der dasigen Rechte nicht zu entziehen ist e); folgbar die Obrigkeit des andern Ortes, wofern sie bey sich, daß die Succeßion auf keine andere Art, als sie es verordnet, solte geschehen können, bereits vorhero anbefohlen, der Witbe ihr erworbenes Recht, nach den Gesetzen des Ortes, wo ihr Mann seinen beständigen Wohnsitz gehabt und unterthänig gewesen, zu succediren, ohne Verletzung der Billigkeit nicht kränken mag, bevorab wenn dieser Obrigkeit von jener, daß ihren Unterthanen in ähnlichen Fällen ein gleiches wiederfahren solte, mittelst Reverses die Versicherung gegeben würde; weswegen nun auch dem Erben des verstorbenen Mannes dieser Umstand, daß an dem Orte, wo die Güter gelegen, die Rechte auf andere Art die Succeßion bestimmten, wenig zu statten kommt, in Betracht daß dergleichen Verordnung insgemein die Erbfolge nur auf dem Fall, wenn selbige nicht sonst wodurch anders eingerichtet worden, vorzuschreiben pflegen; und also hierdurch eine andere Art der Erbfolge nicht verbiethen; das Erbschaftsrecht auch von der Beschaffenheit ist, daß es keine Theilung zuläst und dahero, wenn die Gesetze des Ortes, wo der Verstorbene *gewohnet*, mit den Gesetzen des Ortes wo die Güter gelegen, *nicht überein kommen*, und die letztern Gesetze kein ausdrückliches Verboth in sich fassen solten, auf die erstern, um so mehr, weil der Verstorbene daselbst ein Unterthan gewesen, zu sehen ist; zumal da hierdurch die unbeweglichen Güter kein Theil des Landes zu seyn aufhören, und dem Herrn des Landes, wo die Güter gelegen, die Macht, durch ein verbietendes Gesetz ein anderes, auf zukünftige Fälle, einzuführen unbenommen bleibet, und dieserhalb nicht wenige bewährte Rechtslehrer, daß auch in die unbeweglichen Güter, welche anderswo gelegen, als wo der Verstorbene gewohnet, und ein Unterthan gewesen, nach den Rechten des Ortes, wo der Verstorbene sich aufgehalten, und ein Unterthan gewesen, zu succediren sey, mit mehrern Grund als diejenigen, welche solches leugnen, zu behaupten suchen f), und die gegenseitige Meinung,

d) *l. 27. Cod. de donat. l. 1. Cod. de contrahend. emt.* IOH. CHRIST. SCHACHER. diss. *de portione statutaria, quatenus illi praeiudicium inferri possit, a coniugibus pag.* 12. Lipsiae 1692.

e) arg. *l. 34. de reg. iur.* REINHARDT in *select. obseru. ad Christianaei decisiones. vol. 4. obs. 13.* PVFENDORFF in *obs. iur. vniv. tom. 1. obs. 27.* et 82.

f) GREVAE *lib. 2. pract. conclus.* 124. SALICE-

nung, in gegenwärtigem Falle um so weniger mit Bestande Rechtens zu verthendigen ist, als nach der Geschichtserzehlung der Verstorbene Tetsch, das Seinige, woran die Witbe die statutarische Portion fordert, mit den Nutzungen von ihren und ihrer beyden Kinder erster Ehe Gütern grössentheils erworben hat:

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die Vererbsfällung der gedachten $3\frac{1}{4}$ Acker Wiesen in der Mittelhäuser Fluhr, in Ermangelung eines verbiethenden Gesetzes, nach den Erfurtischen Statuten zu beurtheilen und also der Witbe der vierte Theil davon erblich, die übrigen drey Viertheil aber erwähnten Michael Heinrich Ernsten erblich, der Witbe aber, so lange sie unverheurathet im Witbenstande bleibet, im Nießbrauche zu lassen sind.

Ob nun wohl die zweyte Frage durch Beantwortung der ersten erlediget worden, jedoch dem Querenten wegen des in den Zweyfelsgründen der vorigen ersten Frage gedachten gemeinen Wahns der Rechtslehrer, an Beantwortung dieser zwoten Frage ebenfals gelegen zu seyn scheinet; so gehet zwar der mehresten sächsischen Rechtslehrer Meinung dahin, daß die Witbe, in den herzoglich sächsischen Landen, woferne nicht durch Ehepacten oder besondere Gesetze des Ortes, ein anderes verordnet worden, ihren Mann nach dem römischen Rechte beerbe g), und nach selbigen die Witbe, fals sie mit Anverwandten des Verstorbenen, so keine Kinder sind, concurriret, den vierten Theil seiner Nachlassenschaft, wenn sie arm ist, zu eigen erhält; folglich wenn sie selbst eigenes Vermögen hat, wovon sie leben kann, ihr keine Succeßion zustehet, und also die Einwerfung ihrer Güter nach dem römischen Rechte, in keine Erwägung

BALICETVS *in l.* 1. *C. de summ. trin. num.* 14. CVIACIVS *Consult.* 25. BACHOV. ad TREVTLER. *tom.* 1. *diss.* 1. *thes.* 10. *lit. E.* HERTIVS in diss. *de collisione legum. sect.* 4. §. 9. et 10. NETTELBLADT in diss. *de portione coniugum statutar. lubecens. cap.* 5. §. 10. *pag.* 123. SCHACHER in cit diss. *pag.* 12. SELCHOW in *element. iur. germ.* §. 56. GODOFR. LVD. MENCKEN. in diss. *de statutis ciuitatum prouincialium in successione ab intestato ad bona etiam alibi sita secundum ius ciuile extendendis* Lips. 1741. PVFENDORFF. in *Obs. iuris uniuers. tom.* 1. *obs.* 28. §. 4. SAM. FRID. BOEHMER *de efficacia statuti personalis extra territorium* §. 2. Francofurti 1756.

g) CARPZOV *par.* 3. *const.* 20. *def.* 15. *num.* 9. BERLICH *par.* 3. *const.* 27. *num.* 13. STRYK in tr. *de succes. ab intest. dis.* 4. *cap.* 3. §. 16. RICHTER *de success. sect.* 4. *memb.* 4. *num.* 1.

gung zu ziehen ist h); dieserhalb auch in zweifelhaftem Falle, die Statuten des Ortes so, daß keine Einwerfung zu geschehen brauchet, auszulegen sind i); sodann die gegenwärtige Witbe des Verstorbenen in den Eisenachischen keine Güter hat, und also daselbst als arm anzusehen ist; auch, wenn an einem Orte, wo sich die Witbe nicht aufhält, die Statuten derselben einen gewissen Theil von dem Vermögen ihres verstorbenen Mannes zusprechen, selbige alsdenn diese Portion ganz frey ohne Einwerfung ihrer Güter erhält k); mithin daß die gegenwärtige Witbe von der im Eisenachischen gelegenen 3¼ Acker Wiesen den vierten Theil, ohne Einwerfung des ihrigen, als eine statutarische Portion, bekommen müsse, dafür gehalten werden möchte;

D. a. u. d. nach den chursächsischen Rechte, wenn der Mann ohne Kinder zu hinterlassen verstirbt, dessen Frau, sie mag reich oder arm seyn, den dritten Theil aller seiner Verlassenschaft nur alsdenn, wenn sie dargegen alle ihr Eingebrachtes, Angeerbtes und andere Güter, folglich, es sey gleich innerhalb oder ausserhalb Landes und unter einer andern Bothmäsigkeit gelegen, zu samt der Gerade in gemeine Theilung bringet, bekommt l); und ob schon neuerer Zeiten in Chursachsen, daß in Erb- und Succeßion Sachen nach des Ortes Statuten Gewohnheiten, worunter die unbeweglichen Güter gelegen, wenn gleich der Verstorbene anderswo gewohnet, sich zu richten habe, geordnet ist m); deshalb auch, nach gemeinen sächsischen Rechten, vermöge beständiger Gewohnheit, eine nicht adeliche Witbe, aus der Erbschaft ihres verstorbenen Mannes wenn sie bloß mit Seitenverwandten concurriret, den vierten Theil, wenn sie alle das Ihrige mit in gemeine Theilung bringt, erhält n); das arm seyn einer Witbe auch nicht blos in Beziehung auf einen gewissen Ort, daß sie daselbst keine Güter hat, sondern überhaupt davon, wenn

P 2 sie

h) *Nov.* 53. *cap.* 6. *Nov.* 117. *cap.* 5. SCHAVMBVRG in *annotat.* ad STRVVII *iurispr. rom. ger. for.* l. 2. *tit.* 30. §. 28. *lit.* o) SCHROETER in diss. *de portione coniug. statut. th.* 27.

i) CARPZOV *par.* 3. *const.* 20. *def.* 10.

k) arg. *l.* 14. *D. de legibus.* CARPZOV *part.* 3. *const.* 20. *def.* 7. BERLICH *part.* 3. *const.* 27. *num.* 48. ZIEGLER in tract. *de success. coniug. qu.* 5. BERGER in *Oeconom. iur. lib.* 2. *tit.* 4. §. 51. *not.* 2. BOEHMER in *exercit. ad Pand. tom.* 5. *exer.* 81. §. 10.

l) *Const. elect. sax. part.* 3. *const.* 20. *in fin.* CARPZOV. *part.* 3. *const.* 20. *def.* 17. *et* 25.

m) *Decis. elect.* 54. ibique PHILIPP *observ.* 2.

n) RICHTER *de success. ab intest. sect.* 4. *memb.* 4. *num.* 8.

sie nicht selbst so viel eigenes Vermögen hat, daß sie sich von selbigem nach dem Stande ihres verstorbenen Mannes erhalten kann, zu verstehen ist o); und der Satz, daß, wenn an einem Orte, wo sich die Witbe nicht aufhält, die Statuten derselben einen gewissen Theil von dem Vermögen ihres verstorbenen Mannes zusprechen, selbige alsdenn ihre Güter nicht mit einzuwerfen brauche, an solchen Orten, die in den sächsischen Landen gelegen, billig seine Ausnahme leidet, indem alsdann das Statutum, fals es auch die Einwerfung nicht ausdrüklich verlangte, nicht nach den gemeinen römischen, sondern sächsischen Rechte, auszulegen ist, mithin auch daselbst die Witbe, fals sie die statutarische Portion erhalten will, erst alle ihre Güter, sie seyn an dem Orte oder anderswo gelegen, mit einwerfen muß p): So achten wir den Rechten gemäß zu seyn, daß die Witbe des verstorbenen Tetschens, wenn sie von den 3¾ Acker Wiesen den vierten Theil, als eine statutarische Portion erhalten will, zugleich ihr Vermögen, ob es gleich im Eisenachischen nicht gelegen, mit einzuwerfen verbunden sey. V. R. W.

XVII.

Rechtliches Gutachten

nach G** im Junius 1763.

Von dem einer Witbe aus den Statuten des Ortes, woselbst ihr verstorbener Ehemann gewohnet, zustehenden Nießbrauche an dessen hinterlassenen Gütern, so ausser des Ortes Weichbilde gelegen sind.

Als uns nachstehende Geschichtserzehlung nebst einen Statutenextract sub A. und einer Frage zugeschicket und d. u. R. B. g. w. d. f. w. v. R.

Ist Cajus ohne Testament und Kinder, mit Hinterlassung eines Eheweibes und Geschwister, verstorben, und ist in den von der Landesherrschaft bestä-

o) BERLICH *par.* 3. *concl.* 27. *num.* 13. *med.* 1. *et* 2. STRYCK in *tract. de success. ab intest. diss.* 4. *cap.* 1. §. 19. LEYSER *spec.* 424.

p) WERNHER *par.* 1. *obs.* 263.

bestätigten Statuten des Ortes, wo derselbe seine Wohnung und Aufenthalt gehabt, folgendes versehen:

„Kommen zwey ehelich zusammen, und bringen Erbgüter zusammen, oder werden in stehender Ehe mit Erbgütern befället, und „haben keine Leibeserben, stirbet eines, das überbleibende behält das „Erbe, sammt dem Gut, das von dem Verstorbenen herkommen ist, „weil es lebet, nach dessen Absterben aber fält solch Erbe wieder zu„rück auf des erst verstorbenen Ehegatten Freundschaft, von denen es „herkommen ist.

Hat nun Cajus unter andern unbeweglichen Vermögen auch solche Grundstücke, die ausser dem Weichbilde besagter Statuten, jedoch in den Landen des Fürsten, so obiges Statut bestätiget hat, gelegen, und in die Ehe mitgebracht worden sind, nach sich gelassen; deren dann die Geschwister des Verstorbenen sich anmasen, und das Eheweib von dem Genuß des Statuts in Ansehung dieser ausser dem Stadt Weichbilde gelegenen Grundstücke auszuschliessen suchen. Dahero die Frage entstehet:

Ob des *Caji* Geschwister die ausser der Stadt Weichbilde gelegenen Grundstücke mit Recht in Anspruch zu nehmen vermögen, oder ob nicht vielmehr des *Caii* Eheweibe der statutarische Nießbrauch daran ebenfalls gebühre?

Ob nun wohl die Rechtslehrer darinne übereinstimmen, daß in Ansehung des unbeweglichen Vermögens die Erbfolge nach den Statuten des Ortes, wo die Güter gelegen, beurtheilet werden müsse q); hingegen die an dem Orte, wo der Erblasser seine wesentliche Wohnung gehabt, übliche Statuten auf die unter auswärtiger Gerichtsbarkeit gelegenen Güter keinesweges gezogen werden mögen r), wann auch schon in selbigen, daß es auf alle und jede Güter, sie liegen, wo sie wollen, erstrecket werden solle, ausdrücklich enthalten wäre s); und dann der Nießbrauch von unbeweglichen Gütern unter die unbeweglichen Dinge allerdings

q) STRYK *de success. ab intest. diss.* I. *cap.* IV. §. 2. RICHTER *de success. ab intest. proem. n.* 33.

r) quia statutum alicuius loci vires suas non extendit extra territorium et iurisdictionem statuentis. MODEST. PISTOR. *Vol. I. consil.* 20. *n.* 1. *et* 14.

s) CARPZOV. *P. III. const.* 12. *def.* 12. RICHTER *loco citat.* §. 35.

dings zu zählen ist t); und dahero der in dem angezogenen Statut dem überlebenden Ehegatten zugestandene Nießbrauch an den ausser der Stadt Weichbilde liegenden Gütern nicht statt haben dörfte; zumalen der Umstand, daß die besagte Statuten landesherrlich confirmiret, und die in Frage seyende Grundstücke unter der Hoheit des Fürsten, so die Statuten bestätiget hat, gelegen sind, zur Sache wenig thun kann, in Betracht alle landesherrliche Bestätigungen in der Mase, daß sie eines Dritten habenden Rechte, keinen Eintrag thun, zu verstehen sind u); folglich auch die Confirmation der Statuten anderergestalt nicht, als, daß sie in eines andern Gerichtsbarkeit von keiner Würkung seyn solle, sich erklären läßt; diesemnach, daß des Caji Geschwister an ihres Erblassers ausser dem Weichbilde der Stadt gelegenen Gütern mit Recht Anspruch machen, und die hinterbliebene Wittbe von dem lebenswierigen Nießbrauch ausschliessen können, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. der von verschiedenen Rechtslehrern angenommene Satz, als ob in unbeweglichen Gütern die Erbfolge nach den Gesetzen des Ortes, wo selbige gelegen, beurtheilet werden müsse, gar viele Einschränkungen leidet, und insbesondere in dem Fall, wenn von der statutarischen Succeßion der Eheleute die Frage ist, keine Anwendung findet, massen das durch die Ehe einmal erworbene Recht auch an auswärtigen Orten, falls nicht an selbigen ein ausdrückliches Verbot vorhanden ist, billig seine Würkung haben, und dahero Ehegatten des ihnen, Kraft der Statuten des Ortes, wo der Ehemann seine Wohnung gehabt, zukommenden Rechtes, in Ansehung aller dem Verstorbenen zugehörigen Güter, wann nicht an dem Orte, wo selbige gelegen, ein widriges verbiethendes Gesetze vorhanden, billig zu erfreuen haben, und deren Succeßionsrecht auf auswärtige Güter sich allerdings erstrecket, wie solches bereits von verschiedenen bewährten Rechtslehrern behauptet worden x); diese Meinung auch in dem vorliegenden Falle um so mehr statt haben muß, als eines theils die Statu-

t) quia iura, quae rebus immobilibus inhaerent, pro rebus immobilibus habentur. SCHAUMBURG *comp. iur. digest. lib. I.* tit. 8. §. 15.

u) *L. 7. C. de precibus imp. offerendis.*

x) HERTIUS *de collisione legum. sect. IV.* §. 40. PUFENDORF *obseruat. iur. uniuersi T. I. obs.* 28. CUIACIUS *consult.* 25. NETTELBLADT *de succ. statutaria coniugum Lubec. cap. V.* §. 10. *p.* 123. MENCKEN *de statutis ciuitatum prouinc. in success. ab intestato ad bona etiam extra territorium extendendis.*

Statuten des Ortes, wo Cajus gestorben, von der Landesherrschaft bestätiget, mithin als Gesetze anzusehen sind, welche in Absicht auf die dem Gesetzgeber unterworfene Güter, folglich auch des Caji, zwar ausser der Stadt Weichbilde, jedoch unter der Bothmäßigkeit des Fürsten, so die Statuten bestätiget hat, gelegenen Grundstücken ihre Gültigkeit haben müssen, andern theils des Caji Geschwistere in gewisser Mase dessen Erben sind, und dahero diejenigen Rechte, so ihr Erblasser durch die eheliche Verbindung seinem Weibe zugeeignet hat, derselben keinesweges entziehen mögen y): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß des *Caji* Geschwister die ausser der Stadt Weichbilde gelegenen Güter dermalen und so lange die Witbe lebet, in Anspruch zu nehmen nicht berechtiget, vielmehr des *Caji* hinterbliebenen Witbe von diesen Gütern der statutarische Nießbrauch ebenermasen gebühre. V. R. W.

XVIII.

Rechtliches Gutachten

nach B** im May 1763.

Von dem Testamente eines Vaters in Ansehung seiner unehelichen Kinder.

1. Ein Vater, welcher eheleibliche und natürliche Kinder hat, kann den letztern in seinem Testamente nicht mehr als den zwölften Theil seines Vermögens zuwenden.
2. Ehebrecherische Kinder können von ihren Eltern nicht zum Erben eingesetzet werden.
3. Ehebrecherische Kinder werden durch die nachfolgende Ehe ihrer beyderseitigen Eltern nicht legitimiret.
4. Wenn ein ehebrecherisches Kind mit eheleiblichen Kindern zum Erben eingesetzt worden, und sich als vermeintlicher Erbe die Erbschaft angemasset hat, so kann wider selbiges die *querela nullitatis testamenti* oder *hereditatis petitio* angestellet werden.
5. Wenn des Testirers natürliche Tochter mehr als den zwölften Theil von seinem Vermögen erhalten, so können seine eheleiblichen Kinder

y) Quia heres facta defuncti agnoscere et praestare tenetur, per notoria iuris.

Kinder das Uebermaaß mit der *condictione ex l. 2. C. de natur. liber.* von ihr heraus fordern.

6. Einer natülichen Tochter kann bey vorhandenen eheleiblichen Kindern nicht über den zwölften Theil des Vermögens geschenkt werden, und sie ist auch als eine Miterbin zur Collation verbunden.

7. Wenn ein Testament nach der Vorschrift des Ortes, wo es der Testirer gemacht hat, errichtet worden, so bestehet dasselbe auch in Ansehung der auswärts liegenden Güter, ob man daselbst schon nach einer andern Form zu testiren pfleget.

Als Uns nachstehende Geschichtserzehlung nebst einer Frage zugeschicket, und darüber Unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen Wir vor Recht:

Hat Titius, ein wohlbemittelter Negotiant, der zwar in Brandenburgischen gewohnet, aber auch in Holländischen Güter gehabt, kurz vor seinem Ableben ein Testament errichtet, worinne er seine vier leiblichen Kinder und mit diesen zugleich eine gewisse Tulliam, die er für seine an Kindes Statt angenommene Tochter ausgiebet zu gleichen Theilen als Erben eingesetzet, nicht minder der letztern noch überdem so wohl verschiedene ansehnliche Grundstücke, als auch beträchtliche Summen Geldes zum voraus dergestalt vermacht, daß, nach genommenen Ueberschlage, diese Tullia beynahe eine doppelt grösere Portion, als die übrigen würklichen leiblichen Kinder, erhält. Haben dahero die Vormünder von diesen vier Kindern, um die ihren Curanden nachtheilige Einsetzung anfechten zu können, sich alle Mühe gegeben zu erforschen, was diese Tullia eigentlich für eine Person sey? Sind ihnen darauf doppelte Nachrichten zu handen gekommen. Einige haben dahin gelautet, daß der Testirer, Titius, ehedem als Witber sothane Tulliam mit einer gewissen ledigen Frauensperson, so damals seine Haushälterin gewesen, gezeuget habe. Andere sind dahin gegangen, es hätte dieser Titius diese Tulliam bey Lebzeiten seiner zweyten Ehegenoßin, mit einer Person erzielet, die damals auf sein Hauswesen Acht gehabt, und welche er nach dem Tode seiner vorgedachten zweyten Frau würklich geehliget habe. Wird also, da dem Anführen nach, in der Mark Brandenburg die römischen Rechte befolget werden, gefraget:

1) Ob in dem Fall, da die *Tullia* eine blose natürliche Tochter des verstorbenen Testirers wäre, er sie mit seinen übrigen legitimen Kindern zugleich habe einsetzen können?

2) Ob Falls dargethan werden könnte, daß die *Tullia* ein ehebrecherisches Kind sey, der Testirer, sie zur Erbin in Testament einzusetzen, bemächtiget gewesen?

3) Ob die *Tullia* Falls sie ein ehebrecherisches Kind ist, durch eine nachfolgende Ehe legitimiret worden?

4) Ob sie also eben diejenigen Rechte und Prärogativen, als die übrigen Kinder des Testirers, zu geniesen habe?

5) Was für eine Art der Klage am sichersten zu ergreiffen sey, daferne man der *Tulliae* Einsetzung anfechten wolle?

6) Ob die *Tullia*, da der Verstorbene, als er sie vor ein paar Jahren verheyrathet ihr 4000 Rthl. zur Ausstattung mitgegeben, diese Mitgift, und was sie sonst von ihm erhalten, zu conferiren, oder sich auf ihre Erbportion anrechnen zu lassen schuldig sey?

7) Ob, so viel die Güter, so im Holländischen liegen, betrift, die Gültigkeit des Testaments nach dortigen, oder hiesigen Märkischen Rechten zu beurtheilen sey?

Ob nun wohl, die erste Frage anlangend, Eltern ihren leiblichen Kindern nicht mehr als den Pflichttheil zu hinterlassen brauchen, und das Uebrige nach Gefallen Andern zuwenden können z); dahero denn, daß der Verstorbene Erbeinsetzer die Tulliam, Falls sie seine natürliche Tochter wäre, mit seinen übrigen legitimen Kindern, da diese nicht in ihrem Pflichttheile verletzet worden, zugleich mit habe einsetzen können, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. gedachter Masen dieses mit den ehelichen Kindern zu gleichen Theilen geschehen, und der Tulliae noch ausserdem gar vieles zum voraus vermacht worden ist; die Gesetze hingegen ausdrücklich verordnen, daß ein Vater bey seinen annoch vorhandenen ehelichen Kindern, den natürlichen mehr nicht als den zwölften Theil seines Vermögens hinterlasse und, widrigenfalls, dasjenige, was er ihnen darüber vermacht,

z) *Nov. 18. cap. 1.*

macht, den ehelichen Kindern anheim fallen, und wieder heraus gegeben werden müsse a); dieses auch, noch heutiges Tages, bey uns um so mehr im Gebrauch ist, da die ausser der Ehe erzeugten Kinder, indem sie aus verbotenem Beyschlafe entsprungen, für schlechtern Zustandes anzusehen, als der Römer ihre natürlichen Kinder, als welche in einem bey ihnen erlaubten Concubinate gezeuget worden b): So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß der verstorbene Erblasser die *Tulliam*, als seine natürliche Tochter in seinem Testamente zwar bedenken, aber nicht über den zwölften Theil seines Vermögens mit seinen ehelichen Kindern zugleich habe einsetzen können.

Die zweyte Frage betreffend, obwohl dieses, daß Kinder im Ehebruche sind erzeuget worden, ihnen selbst nicht zur Last geleget werden darf c); und dahero, nach billiger Verordnung des canonischen Rechtes, selbigen ihre Eltern die Alimente lassen müssen d); einfolglich, daß der Vater die Tulliam Falls er sie auch im Ehebruche gezeuget, zur Erbin einzusetzen befugt gewesen, es scheinen dörfte:

D. a. u. d. nach dem römischen Rechte die ehebrecherischen Kinder von allen in Ansehung der Succeßion sonst den Kindern zustehenden Befugnissen ausgeschlossen sind e); mithin auch solche Kinder, bewährter Rechtslehrer Meinung nach, nicht zum Erben eingesetzt werden können f): So achten Wir in den Rechten gegründet zu seyn, daß die Uns vorgelegte Frage in gegenwärtigem Falle um so mehr, da eheliche Kinder von dem Verstorbenen vorhanden sind, zu verneinen sey.

Die dritte Frage anlangend, obwohl, nach canonischen Rechten, ein Ehebrecher, nach seiner Frauen Tode, die Ehebrecherin, Falls er dieser bey Lebzeiten seiner Frau die Ehe nicht versprochen, auch weder er noch

a) *l. 2. C. de natur. liber Nov. 89. cap. 12. §. 1.*

b) STRYK *de caut. testam. cap. 17. memb. 1. §. 8.* BRUNNEMANN *ad l. 2. in fin. C. de natur. liber* LEYSER *spec. 356. med. 11. 12.* SCHAUMBURG *in comp. iur. dig. lib. 28. tit. 5. §. 2.*

c) *l. 2. §. 7. D. de decurion.*

d) *c. 5. X. de eo, qui duxit in matrim. quam poll. per adult.* RICHTER *ad auth. licet patri lib. 5. C. tit. 27. n. 11.*

e) *Auth. licet. C. de nat. liber. in fine Nov. 89. c. fin. et Auth. Ex complexu C. de incest. nupt.*

f) STRYK *in caut. testam. cap. 16. §. 13.*

noch sie, die Ehebrecherin, selbiger nach dem Leben getrachtet, heyrathen kann g); und, wenn dieses geschiehet, hierdurch die mit der Ehebrecherin vorher gezeugten Kinder, nach ansehnlicher Rechtslehrer Meinung legitimiret werden h); folglich daß die Tullia, Falls sie auch aus einem Ehebruche entsprungen, durch die nachhero erfolgte Heyrath ihrer Eltern legitimiret sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. angezeigter Masen in der Mark Brandenburg das römische Recht befolget wird, nach selbigem aber erforderlich ist, daß wenn ein Kind durch nachfolgende Heyrath legitimiret werden soll, auch zur Zeit der Empfängniß dessen Eltern sich haben einander heyrathen können i), dieses aber unter ehebrecherischen Personen, nach dem römischen Rechte, unmöglich ist k); folglich auch die Legitimation ehebrecherischer Kinder nach selbigem nicht geschehen kann l), und, daß eben dieses noch heutiges Tages statt finde, von bewährten Rechtslehrern mit guten Grunde dafür gehalten wird m); ausserdem auch, selbst nach den canonischen Rechten, worauf obige Rechtslehrer sich stützen, es nicht gänzlich ausser Streit ist, daß durch die Heyrath ehebrecherischer Personen ihre vorher mit einander gezeugten Kinder legitimiret würden, indem es nach selbigen n) ausdrüklich heist, daß, der darauf erfolgten Ehe ungeachtet, solche ehedem im Ehebruch erzeugte Kinder unächt seyn sollen: So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß die *Tullia*, Falls sie aus einem Ehebruche entsprungen, durch die nachhero erfolgte Heyrath nicht legitimiret worden.

Aus diesem ergiebet sich nun auch die Beantwortung der vierten Frage, daß, nämlich da der *Tulliae*, so weit sie als eine natürliche Tochter des Verstorbenen zu betrachten ist, von diesem nur der zwölfte Theil seines Vermögens im Testamente hinterlassen werden

 können,

g) *c. 6. X. de eo, qui duxit in vxor. quam adult. poll.*

h) STRYK in *vsu mod. lib. 1. tit. 6. §. 12.* HOPP in *vsu hod. ad §. 13. I. de nuptiis.* BOEHMER in *diss. de legitimatione ex damnato coitu natorum §. 16. seq.* PVFENDORF in *obs. iur. vniuer. tom. I. obs. 163.*

i) SCHILTER *exerc. 36. th. 131.*

k) *l. 26. D. de ritu nupt. Nou. 134. cap. 12.*

l) HOPP, *ad §. 13. I. de nuptiis.* BEYER *in posit ad instit. lib. 1. tit. 10. pos. 82.* HEINECCIVS in *elem. iur. ciu. sec. ord. instit. §. 167.*

m) STRAVCH in *dissertat. ad ius Iustin. diss. 4. §. 3.* SAM. de COCCEII in *iur. ciu. controu. lib. 1. tit. 6. qu. 15.*

n) *c. 6. X. qui filii sint legitimi.*

können, und, Falls sie sein ehebrecherisches Kind ist, er selbige vergeblich im Testamente zur Erbin eingesetzet hat, selbige auch nicht eben diejenigen Rechte und Prärogativen, als die übrigen Kinder des Testirers, zu genießen haben könne.

Die fünfte Frage betreffend, obwohl, da die leiblichen Kinder des Testirers in ihrem Pflichttheile durch das väterliche Testament, nicht verletzet worden sind; und dahero, daß sie die Einsetzung der Tulliae nicht sicher anfechten können, es scheinen möchte:

D. a. u. d. die Einsetzung der Tulliae Falls sie ein ehebrecherisches Kind ist, gar nicht geschehen können; und Falls dieselbe eine natürliche Tochter ist, sie durch selbige nur den zwölften Theil seines Vermögens erhalten kann: So sind Wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß wider die Einsetzung der *Tulliae* im ersten Falle, die *querela nullitatis testamenti*, oder auch, Statt deren, die *hereditatis petitio* am besten zu ergreifen sey, dergestalt, daß wenn dieser die Einrede eines vorhandenen Testaments entgegen gesetzt wird, alsdenn die Nullität, vermittelst einer Replic, dargegen ausgeführet, im zweyten Falle aber, wenn nämlich die *Tullia* eine natürliche Tochter des Testirers ist, ihre Einsetzung mit der *condictione ex l. 2. C. de naturalibus liberis* angefochten und hierdurch, dasjenige, so sie über den zwölften Theil erhalten, am sichersten heraus gefordert werden kann.

Die sechste Frage anlangend, obwohl eine unter den Lebendigen geschehene Schenkung so leichte nicht wieder umgestossen werden mag o); und solcher Gestalt dasjenige, was die Tullia zur Mitgift und sonst bey Lebzeiten des Testirers von diesem geschenkt erhalten, sie weder zu conferiren noch sich anrechnen zu lassen, schuldig zu seyn scheinet:

D. a. u. d. einer natürlichen Tochter bey vorhandenen eheleiblichen Kindern nicht über den zwölften Theil des Vermögens geschenkt werden kann p); und auch so gar leibliche Kinder, wenn sie ihre Eltern entweder vermöge eines von diesem errichteten Testaments, oder nach dem in den Rechten vorgeschriebenen Erbgangsrechte beerben wollen, sich einander das conferiren oder anrechnen lassen müssen, was sie bey deren ihren Leben

o) *§. 2. I. de donationibus.*

p) *l. 2. C. de natural. liber.* RICHTER *in Auth. Nunc soli liberi C. de natur. lib. num. 2.*

Leben von ihnen erhalten q), so daß auch hiervon die Ausstattung nicht ausgenommen ist, woferne der Erblasser nicht ein anderes klärlich verordnet hat r): So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß die *Tullia*, als eine natürliche Tochter des Testirers, dasjenige, was sie von diesem bey seinem Leben zur Mitgift und sonst erhalten hat, zu conferiren, oder sich auf ihren Erbtheil anrechnen zu lassen schuldig sey.

Endlich die siebende Frage betreffend, ob wohl die Gesetze einer Landesobrigkeit an denjenigen Orten, wo ihr keine Landeshoheit zustehet, nicht brauchen befolget zu werden s); folgbar auch, daß die Gültigkeit des von dem Testirer in der Marck Brandenburg errichteten Testamentes, in Ansehung seiner in Holland liegenden Güter nicht nach den Brandenburgischen, sondern nach den Holländischen Rechten beurtheilet werden müsse, es scheinen möchte:

D. a. u. d. wenn blos von der Form eines Geschäftes die Rede ist, man sich nicht nach auswärtigen Rechten, sondern nach den Gesetzen des Ortes, wo das Geschäfte unternommen wird, achten muß t); und dieserwegen die allermehresten Rechtslehrer u), worunter auch selbst der berühmte Holländische Jurist VINNIUS x) sich befindet, wohl gegründet dafür halten, daß die Gültigkeit eines Testamentes nach der Vorschrift des Ortes, wo es gemacht worden, zu beurtheilen, und, Falls diese in Acht genommen worden, das Testament auch in Ansehung der auswärts liegenden Güter bestehe, ob daselbst schon nach einer andern Form die Testamente errichtet zu werden pflegten; diesem auch obiger Zweifel, daß die Gesetze einer Landes Obrigkeit an den Orten, wo ihr keine Landeshoheit zustehet, nicht befolget zu werden brauchten, um deswillen nicht entgegen stehen kann, weil dieses nur dahin auszulegen, Falls selbige durch ihre Gesetze diesen Orten

 etwas

q) *l. 17. C. de collationibus Nou. 18. c. 6.*

r) *Auth. Ex testamento C. de collation.*

s) arg. *l. vlt. D. de iurisdictione.*

t) *l. 6. D. de euict. l. 3. in fin. D. de testibus. l. 2. C. quemadm. test. aper. l. 9. l. vlt. C. de testibus*

u) GAIL. *lib. 2. obs. 123. n. 3.* MYNSINGER *cent. 5. obs. 20.* CARPZOV. *par. 3. const. 6. def. 12.* RICHTER *ad auth. omnes peregrini lib. 6. Cod. tit. 59. num. 31. seqq.* SANDE in *decis. aur. lib. 4. tit. 1. def. 14.* HUBER in *praelect. iur. ciu. pag. 175 et pag. 1266. §. 7.* STRYK in *caut. test. cap. 15. §. 13.* IO. ULR. de CRAMER in *obseruationibus iuris uniuers. tom. 1. par. 2. obs. 553. pag. 326.*

x) in *sel. iur. quaest. lib. 2. cap. 19.*

etwas befehlen wollte; dadurch aber, daß einer, der zumahl unter ihr wohnet, nach ihren Gesetzen ein Testament errichtet, sie der andern Obrigkeit keine Gesetze vorschreibet, sondern nur dem Testirer das zu thun verstattet, was ihm die gemeinen Rechte zu beobachten auferlegen, und die Gesetze des Ortes, wo die Güter gelegen, nicht ausdrücklich verbiethen: So achten Wir in Rechten gegründet zu seyn, daß, so viel die in Holländischen liegenden Güter angehet, die Gültigkeit des Testamentes nicht nach dortigen, sondern den märckischen Rechten beurtheilet werden müssen. V. R. W.

XVIIII.

Rechtliches Gutachten

nach R** im Junius 1763.

Eine besondere rechtliche Anwendung des Satzes, daß unter dem teutschen Worte Kinder nicht, so wie unter dem lateinischen Worte liberi, auch die Enkel, wenn es ihren Vortheil betrift, sondern nur die Abkömmlinge im ersten Grade zu verstehen sind.

Als Uns nachstehende Geschichtserzehlung, samt einem in Abschrift beygelegtem und anbey wieder zurückkommenden Testamente und einer Frage zugeschickt, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen Wir vor Recht:

Hat der Herr Geheimde Cammerrath Wendt ein Testament errichtet und darinne seine Kinder, auch seiner verstorbenen Tochter, der Doctorin Reginen Elisabethen Burchardtin, gebornen Wendtin, nachgelassenes Kind, als seinen Enkel, nahmentlich Carl Martin Ludwig Burchardt, zum Erben eingesetzet. Ist von ihm zugleich darinnen §. 4. verordnet worden, daß, so lange seine Eheconsortin, Frau Catharine Sophie, geborne Stoltin, in unverrükten Witbenstande nach ihm leben und seinen Nahmen führen würde, selbige, in so ferne er ihr in dem Testamente etwas auszukehren nicht auferleget hätte, Zeit ihres Lebens Besitzerin aller seiner Haabe und Güter, jurium, nominum et actionum seyn und bleiben, den Nießbrauch haben und niemanden eine Caution bestellen oder Rechnung ablegen solle. Hat auch derselbe ausserdem in §. 26.

den

den Accisrath Samuel Gustav Oertlingen mit dem Auftrage zum Vormunde seines vorhingedachten Enkels ernennet, daß er, was sein Enkel von ihm nach seinem und seiner Frau Ehegenoßin Ableben, zu empfangen hätte, zur legalen Administration zu sich nehmen, und so lange sein Enkel noch unter väterlicher Gewalt stünde, dessen Vater seinem Schwiegersohne, dem Doctor und Rathsverwandten Julius Ludewig Burcharden, die Hälfte der Zinsen von seines Enkels Capitalien zufliessen lassen, die andere Hälfte aber zinsbar hinwieder beygeleget werden solle, damit daraus nach und nach ein neues Capital für seinen mehrbenanten Enkel erwachse. Hat ferner der Testirer verordnet, daß, im Fall sein Enkel in seiner Minderjährigkeit oder ohne Leibeserben mit Tode abgehen würde, selbigem in demjenigen, was er von ihm ererbet und ihm hiernächst durch die Zinsen zugewachsen, ohne Abzug einiger Quarte, seine, des Testirers, Ehefrau, die gedachte Catharine Sophie geborne Stoltin, und seine Kinder erster und letzter Ehe und deren Descendenten durch ein Fideicommiß hierdurch substituiret, er auch unter der Bedingung, daß er sonsten biß auf den Pflichttheil völlig ausgeschlossen sey, dieses unverändert zu lassen, verbunden seyn sollte. Wird also gefraget:

Ob dieser letzte Wille dahin auszulegen, daß der junge Burchardt nicht eher etwas von dem großväterlichen Nachlaße, biß nach der verwitbeten Geheimen Cammeräthin Wendtin Ableben, erhalten, oder ob auch schon bey dieser ihrem Leben ihm etwas werden sollte, und wie dann allenfals die Proportion, um die Grösse darnach zu bestimmen, zu nehmen seyn möchte?

Ob nun wohl im §. 26. des vorerwähnten Testaments verordnet ist, daß im Fall der gedachte Enkel Burchardt in seiner Minderjährigkeit oder ohne Leibeserben mit Tode abgienge, selbigem, in demjenigen, was er von ihm, dem Erblasser, ererbet, und was ihm hiernächst durch die Zinsen zugewachsen, ohne Abzug einer Quarte, seine, des Erblassers, Consortin Catharine Sophie geborne Stoltin und seine Kinder erster und letzter Ehe und deren Descendenten durch ein Fideicommis substituiret seyn solten; mithin daß hieraus der Wille des Erblassers, es sollte der junge Burchardt schon bey Lebzeiten der verwitbeten geheimen Cammeräthin Wendtin bereits etwas erhalten, zu schliessen, und dahin um so mehr, weil er ihr, vermöge des §. 4. nur in so ferne, als er ihr etwas auszukehren nicht auferlegt, während ihres Witbenstandes den

Nieß-

Nießbrauch aller seiner Güter vermacht, und daß sich während desselben auch seine Kinder, unter welchen, gemeinen Rechten nach, auch die Enkel, wenn es ihnen vortheilhaft ist, zu verstehen sind y), von dem Seinigen etwas zu erfreuen haben solten, gewolt, die Auslegung zu machen sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. der Erblasser in dem §. 4. des Testaments ausdrücklich geordnet, daß seine Eheconsortin, die nunmehro verwitbete Wendtin, Zeit ihres Lebens, Besitzerin aller seiner Haabe und Güter, jurium, nominum et actionum seyn und bleiben, den Nießbrauch davon haben, und niemanden Caution bestellen oder Rechnung ablegen, nach dem §. 7. aber erst alsdenn wenn sie stirbet, ihr zugebrachtes und eigenthümliches Vermögen denen mit ihr erzeugten Kindern und dem Enkel nach ihrer testamentarischen Verfügung zu fallen, und alles übrige, was sie nachläßt, als väterliches betrachtet und von seinen eingesetzten gesamten Erben, nach seiner Vorschrift getheilet werden sollte; ferner in dem §. 26. der Vormund von dem Erblasser dasjenige, was sein Enkel von ihm nach seinem und seiner Frau Ehegenoßin Ableben zu empfangen hat, zur legalen Administration zu sich zu nehmen, ersuchet wird; hieraus aber wasmasen der Erblasser, daß erst nach seiner Frauen Tode der Enkel etwas erhalten solle, gewollt habe, sich sattsam veroffenbahret; dieses auch dadurch, daß die verwitbete Wendtin dem Enkel, Falls er in der Minderjährigkeit oder ohne Leibeserben verstürbe, substituiret worden, nicht aufgehoben wird, weil die Substitution in Ansehung desjenigen, so der Enkel von dem Erblasser ererbet zu haben gesagt wird, in Absicht ihrer die blosse Proprietät betrift, die sie auf den Fall zu ihren Nießbrauche erlanget, und hingegen der Zuwachs der Zinsen, dessen der Erblasser hierbey gedenket, von dem Falle, da der Enkel seines Großvaters, als des Erblassers, in dem Nießbrauche eingesetzten Ehefrau überlebet, füglich verstanden werden kann, wo alsdenn nach des Enkels Tode, diesen nicht sein Vater, sondern des Erblassers Kinder erster und letzterer Ehe und deren Descendenden durch Fideicommis beerben sollen; dahero auch dieses, so der Testirer auszukehren seiner Ehefrau auferleget hat, nicht den Enkel, sondern noch andere in dem Testamente angezeigte Puncte betrift; und dasjenige, so sich bey dem Nießbrauche des Erblassers Ehefrau dessen Kinder

y) *l. 220. D. de verbor. signific.* CARPZOV. *par. 3. const. 8. def. 28. n. 4.* BERGER in *oec. iur. lib. 2. tit. 4. §. 35. pag. 442.*

Kinder zu erfreuen haben sollen, dessen Söhne und Töchter, nicht aber den Enkel angehet, theils, weil in der teutschen Sprache, nach dem gewöhnlichen Redegebrauche, unter den Kindern ordentlicher Weise nur die Abkömmlinge in erstem Grade zu verstehen sind z); folglich dieses, daß in dem gemeinen oder römischen Rechte unter dem Worte liberi auch die Enkel begriffen sind, nicht so schlechterdings bey uns angewendet werden mag a), theils auch, weil selbst der Erblasser in dem §. 5. seines Testamentes die standesmäßige Unterhaltung u. s. f. seiner Kinder von seiner Ehegenoßin ausdrüklich als Mutter und Vormünderin verlanget, dergleichen sie aber nach dem §. 26. von dem Enkel, als welchem ein besonderer Vormund bestellet worden, nicht ist: So sind Wir des gegründeten rechtlichen Dafürhaltens daß die verwitbete Frau geheime Cammeräthin Wendtin bey ihrem Leben, nach dem Testamente, dem Enkel Burchardt ihres verstorbenen Mannes, als des Erblassers, etwas herauszugeben nicht schuldig sey. V. R. W.

XX.

Rechtliches Gutachten

nach M** im October 1763.

1. Ein Fräulein wird, ihrer Unkeuschheit und Mißheyrath ungeachtet, des aus väterlicher Disposition erlangten Vorausvermächtnisses nicht verlustig.
2. Eine Tochter kann aus dem Lehne keine Ausstattung verlangen, wenn sie schon vor sich ihr Auskommen hat, wovon sie sich zu unterhalten vermag.
3. Ein Fräulein, welche eine unadeliche Mannsperson geheyrathet hat, ist nicht der adelichen, sondern höchstens der bürgerlichen Gerade fähig.
4. Schaafe, Gänse und Enten gehören zur adelichen Gerade, und dasjenige, was die Verstorbene aus keiner Eigenthumsursache besessen, wird gar nicht als Gerade auf andere vererbet.

Als

z) WEHNER in *obseruat. iur. pract.* voc. Kinder *pag.* 320. PVFENDORF in *obseru. iur. vniu. tom.* 3. *obs.* 4.

a) WEHNER et PVFENDORF *l. c.* RICHTER *decis.* 142. n. 11. GRVPEN in *discept. for. par.* 30. *seq.*

Als Uns nachstehende Geschichtserzehlung nebst fünf Fragen zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen Wir vor Recht:

Ist der Herr Ober Steuereinnehmer und Marschcommissarius von M** am 3ten May 1753 verstorben, und hat ein Lehngut nebst verschiedenen allodial Grundstüken zu M**, ausserdem aber noch ein Erbgut zu R**, welches derselbe von der verstorbenen Frau Obrist Lieutenantin von T**, vermöge eines den 11ten Junii 1746 errichteten Testaments, ererbet hat, hinterlassen. Hat gedachter Herr von M** kurz vor seinem Tode, eine privat Disposition aufgesetzet und darinne, daß seine Tochter Charlotta Henrietta aus bemeldetem Erbgute R**, ausser der ihr daran zustehenden Erbportion, 600 fl. zum voraus bekommen solte, verordnet. Haben nun zwar des erwehnten Herrn von M** übrige Kinder anfänglich Bedenken getragen, die väterliche Verordnung, in Ansehung dieses ihrer Fräulein Schwester zum Voransbeschiedenen, gelten zu lassen, sintemal nicht nur er, ihr seel. Vater, sondern auch sie, seine sämtlichen Kinder, in dem obbemeldeten der Frau von T** ihrem Testamente zugleich zu Erben mit ernennet und eingesetzet, oder doch wenigstens substituiret worden sind; jedoch, weil aus dem Zusammenhange verschiedener Stellen in dem Testamente der Frau von T** und dessen buchstäblichen Inhalte sich hin und wieder veroffenbaret, daß der Testatricin Willensmeinung lediglich dahin abgezwecket, ihre Erbgüter dem seel. Herrn Ober Steuereinnehmer und Marschcommißarius von M** alleine zu bescheiden, und ihn vor den Universalerben anzuerkennen, desselben Kinder aber, nur auf dessen erfolgenden tödlichen Hintritt, als substituirte Erben, nach disfalsiger Anhandgebung derer gemeinen Rechte, zu betrachten, so haben sie, bey diesen und der Sache mehr beytretenden Umständen, ihrer Schwester die gedachten 600. fl. durch Erbvergleich sub dato den 7. Augnst 1753. in dem §. 4. zugestanden und ihr solche aus bemeldeten Erbgute R** zum voraus wegnehmen lassen. Ist auch ausserdem eben dieser Schwester in dem §. 2. dieses nur bemeldeten Erbvergleichs annoch 600 fl. nach der in der Familie derer von M** beständig beobachteten Gewohnheit, verwilliget worden; nach welcher den Töchtern aus den Lehngütern M** und D** einer jedem 600 Mfl. in der Mase zugestanden und vergnüget werden, daß, wenn die Töchter sich verheyrathen, einer jedem 600 fl. aus dem Lehne baar verabfolget, so lange aber dieselben in ledigem Stande verbleiben, ihnen

von

von diesen 600 Mfl. alljährlich die landüblichen Intereßen zu fünf Procent verabreicht werden, und denenselben hierüber eine anständige Wohnung in dem Rittergute gegönnet wird, daferne aber die Töchter in ledigem Stande des Todes verfahren, sothane 600 Mfl. alsdenn in das Lehn hinwiederum zurückfallen. Ist auch, nach des Herrn von M** Tode, von den übrigen Kindern desselben mit dieser ihrer Schwester und auch mit ihrer Mutter der Frau Sophia Henrietta von M**, gebohrnen R**, bey dem Erbschaftsvergleiche ausgemacht worden, daß diese ihre Frau Mutter das ihnen, den männlichen zwey Geschlechts Kindern von M**, als Lehnsfolgern gemeinschaftlich angefallene und bißher also besessene Rittergut, zu M**, und mit diesem zugleich die Schaafe, Gänse und Enten als Inventarienstücke des Gutes in Pachte haben sollte. Ist nun auch diese ihre Frau Mutter im May des gegenwärtigen 1763sten Jahres verstorben, und will sich der Gebrüdere von M**, nachdem jenes Vieh größtentheils erst seitdem sie, die Gebrüdere, das Gut eigenthümlich besitzen und solches zum Theil erst nach ihrer Frau Mutter Tode angeschaft oder angezogen worden, ihre oftbenannte Schwester, als die einzige Tochter ihrer ebenbemeldeten seel. verstorbenen Frau Mutter, der völligen adelichen Gerade, worunter auch dasigen Ortes die im Gute befindlichen Schaafe, Gänse und Enten gerechnet werden, anmaßen, da denn aber sie, die Gebrüdere und gegenwärtigen Quärenten, nicht nur dieser Geradestücke sondern auch der obgedachten beyden 600 fl. wegen, unter den erfolgten Umständen, da ihre Schwester, etliche Jahre nach ihres seel. Vaters Tode, von einem Bauer sich hat schwängern lassen, und solchen endlich gar geheurathet, dadurch aber der ganzen Familie die größte Schande zugezogen hat, grosen Zweifel tragen, und dahero folgende Fragen entstehen:

1) Ob ihre Schwester Charlotte Henrietta, verehligte Z**, durch ihr Vergehen und Mißheyrath sich des Voransvermächtnisses derer 600. fl. aus dem Erbgute R** unwürdig gemachet, und sie, die Gebrüdere, dahero solches zurückzufordern berechtiget sind?

2) Ob sie bey solcher Bewandniß, ihrer Schwester die ihr aus dem Lehne zukommenden 600. fl. baar auszuzahlen, oder nur auf ihre Lebenszeit zu verzinsen schuldig sind? oder

3) Ob dieselbe durch ihr Vergehen sich dieser 600. fl. gänzlich verlustig gemacht habe?

 4) Ob

4) Ob ihre Schwester die adeliche, oder nur die bürgerliche Gerade zu fordern berechtiget sey? endlich

5) Ob hierunter auch die im Gute befindlichen Schaafe, Gänse und Enten mit gerechnet werden müssen?

Ob nun wohl, so viel die erste Frage betrift, derjenige, welcher eine Unzucht begehet, sich einer in den Rechten darauf haftenden Ehrlosigkeit aussetzet b), und deren besonders eine Weibesperson, als von welcher bey allen gesitteten Völkern, auch fürnämlich bey den Teutschen, von je her die Keuschheit und Schamhaftigkeit vorzüglich erfordert worden c), durch ein unzüchtiges Leben sich dergestalt, daß auch ein Vater seine Tochter deshalb enterben kann, theilhaftig macht d); hiernächst auch unter Adelichen, bey welchen alle ehrenrührige Handlungen den Adel anrüchtig machen, dieses, daß sich ein Fräulein von einem sehr geringen Menschen, zum Exempel von einem Bauer, schwängern läßt, um so mehr für eine schändliche Handlung zu halten ist; in gegenwärtigem Falle aber, daß der Vater seiner Fräulein Tochter, wenn er, daß sie sich künftig von einem Bauer schwängern lassen würde, vorher wissen sollen, von dem Erbgute N** 600. fl. zum voraus vermacht haben würde, nicht zu vermuthen stehet, sondern vielmehr dieses, daß er sie wohl gar deshalb enterbet oder ihr höchstens nur den Pflichttheil gelassen hätte, zu glauben ist; mithin, daß solchen bewandten Umständen nach, und da man fürnämlich auf die Absicht und den Willen des Testirers bey Testamenten sehen muß e); auch dem Vater oberzehlter massen über dieses Gut ohnehin nicht ausser allem Zweifel eine freye Disposition zugestanden hat, der Charlotte Henrietta, verehligte Z**, Brüder von ihr diese 600. fl. mit Recht wieder heraus fodern könnten, es das Ansehen gewinnen dürfte:

D. a. u. d. in den Gesetzen nirgends, daß jemand wegen seiner begangenen Unzucht bereits erworbene Güter verliehren, oder, daß ihm des-

b) §. 4. *I. de publ. iud.* iunct. *l.* 17. *D. de publ. iud.* BRVNNEMANN *ad l.* 25. *C. ad leg. Iul. de adulter.* LEYSER *spec.* 52. *med.* 1.

c) TACITVS *de moribus german. c.* 19. LEYSER *spec.* 576. *med.* 4. NIC. HIER. GVNDLING in *commentatione, qua doctrina vulgaris, maiorem a feminis quam a viris requirens castitatem, sub examen reuocatur.* Halae 1717.

d) *l.* 19. *C. de inoffic. testam.* et *Nou.* 115. *cap.* 3. §. 11.

e) *l.* 19. *in pr. D. de condit. et demonstr.* CARPZOV. *par.* 3. *const.* 5. *def.* 23. *num.* 1.

deshalb sein Vermächtniß, als einer dessen unwürdigen Person, wiederum genommen werden solle, verordnet ist f), vielmehr, den teutschen Sitten nach, eine Weibesperson durch Unkeuschheit zwar ihre Ehre verletzet, nicht aber ihre Güter verliehret g); dahero denn auch das Vermächtnis dieserhalb nicht wegen des muthmaßlichen Willens des Testirers widerrufen werden kann, anerwogen, wenn er auf solchen Fall seiner Tochter zum voraus nichts vermachen wollen, er dessen gedenken und solches ausdrücklich anzeigen müssen h), da sonst bey Vermächtnissen nur darauf, daß einer zur Zeit der Errichtung und des Ablebens des Testirers sich das Vermächtniß zu erwerben fähig gewesen sey, gesehen wird i); sodann dieses, daß der Vater über das Erbgut N** nicht wohl frey disponiren und der Tochter das Vorausvermächtniß bey selbigen aussetzen können, um deswillen von keiner Erheblichkeit ist, weil, nach der obigen Geschichtserzehlung, sich die Brüder deshalb mit dieser ihrer Schwester schon verglichen und die 600 fl. verwilliget haben; welcher Vergleich sie, gleich einem Eyde und rechtskräftig gewordenen Urthel, verbindet k): So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß hier die Brüder von ihrer Schwester die prälegirten 600 fl., wegen dieser ihres Vergehens und Mißheurath, nicht wieder zurück fodern können.

Die zweyte und dritte Frage anlangend, ob wohl, nach der beständigen Gewohnheit der Familie von M**, eine Tochter aus den Lehngütern M** und D** die 600 fl., wenn sie sich verehliget, zu fordern berechtiget ist; und daß dahero auch die gegenwärtige verehlichte Tochter, da sie zumal, wie vorhin ausgeführet worden, durch ihre Unkeuschheit ihr Recht nicht verlohren, von ihren Brüdern ebenfals selbige zu verlangen befugt sey, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. dergleichen Gewöhnheiten den gemeinen Lehnrechten nach auszulegen sind, nach selbigen aber die Töchter eigentlich keine Ausstattung

f) *t. t. D. et C. de his, quae vt indign. aufer.*

g) Sächs. Landr. *lib.* 1. *art.* 5. wo es heißt: Ein Weib mag mit Unkeuschheit ihres Leibes ihre weibliche Ehre krenken, ihr Recht verleußt sie aber damit nicht, noch ihr Erbe. Gl. Weichbild in *art.* 22. bey den Worten: ihr sollet wissen. Gl. Lehnr. *c.* 31. *coll.* 4. *vers.* bis verantworten wir. DAN. MOLLER *lib.* 4. *semestr. c.* 10. *n.* 1.

h) CARPZOV *lib.* 2. *tit.* 21. *d.* 333. *n.* 3.

i) arg. *l.* 49. §. 1. *D. de hered. instit.* HOPP. *ad* §. 24. *I. de legatis.*

k) *l.* 2. *l.* 31. *D. de iureiur. l.* 20. *C. de transact.*

stattung aus dem Lehne fordern können l); und wenn ihnen nun auch der- gleichen, nach einer allgemeinen teutschen Gewohnheit, aus dem Lehne gege- ben wird m), solches doch nur in Ermangelung der Erbgüter geschiehet n); und dahero den Töchtern, wenn sie vor sich selbst schon ihr Auskommen haben, wovon sie sich unterhalten können, keine Ausstattung, als welche nur, um die Töchter zu versorgen, geschiehet, gegeben zu werden braucht o), gegenwärtige Tochter des verstorbenen Hrn. Ober Steuereinnehmers von W** aber schon durch das Vorausvermächtniß und andere Dinge, so sie vermuthlich bereits erhalten und durch die bürgerliche Gerade noch bekommt, in dem Zustande, darein sie sich selbst durch die Heyrath mit dem Bauer begeben, ihren hinreichenden Unterhalt hat, auch die Ausstattung aus dem Lehne nur solchen Töchtern, welche der Familie zur Ehre, nicht aber zur Unehre leben, gereicht zu werden pfleget: So achten Wir in den Rechten gegründet zu seyn, daß die gegenwärtige Schwester der Quärenten aus diesen Gründen die 600 fl. Ausstattungsgelder aus den Lehn- gütern gar nicht fodern könne.

Ferner die vierte Frage betreffend, obwohl die adeliche Gerade mit unter die Fräulichen Gerechtigkeiten gehöret p), und von adelichen Per- sonen hinterlassen wird q); mithin, daß auch die gegenwärtige Tochter der verstorbenen Frau von W** die adeliche Gerade zu fordern berechti- get sey, es scheinen möchte:

D. a. u. d. diejenige, welche die adeliche Gerade erben will, auch der Verstorbenen am Stande gleich oder ebenbürtig seyn muß r); solches aber von der gegenwärtigen Tochter eigentlich nicht mehr gesagt werden kann, indem sie dadurch, daß sie einen Bauer geheyrathet, die dem Adel anhängigen Rechte verlohren und den Zustand ihres Mannes bekommen hat

l) *arg. II. F. 9. §. 1.* SCHNEIDEWIN *de feud.* p. 7. *n.* 28. *et seqq.* ROSENTHAL *de feud.* c. 9. *memb.* 1. *concl.* 8. FINCKELTHAVS *obs.* 21. *num.* 16.

m) MEVIVS *par.* 2. *decis.* 119. *n.* 2. *et par.* 3. *decis.* 367. *n.* 2.

n) HARTM. PISTOR *par.* 2. *qu.* 37. CARPZOV. *par.* 2. *const.* 46. *def.* 16. STRYK *de success. ab intest. diss.* 1. *cap.* 1. §. 9. HORN *in iurispr. feud. cap.* 21. §. 13.

o) *arg. l. vlt. D. de aliment. et cibar. legat.* CARPZOV. *decis.* 173. FINCKELTHAVS *obs.* 21. PVFENDORF *in obseruat. iur. vniuers. tom.* 1. *obs.* 68.

p) Barth von der Gerade, *cap.* 6. §. 1. *pag.* 437.

q) Ebenderselbe *cap.* 1. §. 6. *pag.* 21.

r) Ebenders. *l. c. cap.* 1. §. 6. *pag.* 22. Hofmann von der Gerade. *cap.* 1. §. 9.

hat s); folglich auch nicht der adelichen, sondern höchstens nur der bürgerlichen Gerade fähig ist t); So sind Wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß sie nicht die adeliche, sondern nur die bürgerliche Gerade zu fordern berechtiget sey?

Endlich die fünfte Frage anlangend, obwohl die Gerade überhaupt den Inbegrif aller derjenigen Mobilien ausmacht, welche eine Weibesperson zu ihren Putz, Kleidung und Haußhaltung unter ihren Beschluß gehabt hat; und dahero, daß auch die im Gute befindlichen Schaafe, Gänse und Enten dahin gerechnet werden müßten, es das Ansehen haben dörfte:

D. a. u. d. dergleichen Vieh, nach einhelliger Rechtslehrer Meinung, nur zur adelichen, nicht aber zur bürgerlichen Gerade gezählet wird u); gegenwärtige Tochter aber, wie vorhin gezeiget worden, nur die bürgerliche Gerade erhält; hiernächst was die Verstorbene selbst nicht aus einer das Eigenthum gebenden Ursache besessen auch nicht auf Andere als Gerade geerbt werden kann x); vorgedachtes Vieh aber die verstorbene Mutter, wie in der Geschichtserzehlung gedacht worden, mit dem Gute nur Pachtweise inne gehabt hat: So sind Wir der rechtsgegründeten Meinung, daß die Tochter, wie man vermuthlich durch die Frage zu wissen begehret hat, dieses Vieh gar nicht, weder als eine adeliche, noch als eine bürgerliche Gerade, von ihren Brüdern, als den Besitzern des Lehngutes, herausfordern könne. V. R. W.

XXI.

s) *l. 8. D. de senator. l. 3. C. de murilegulis* Sächs. Landr. *lib. 1. art.* 45. RICCIUS *in spicil. iur. germ. lib. 1. tit.* 14. §. 362. *pag.* 525. Estor in der bürgerlichen Rechtsgelehrs. der Teutschen. *tom.* I. §. 181. *pag.* 77.

t) GOLDBEK *de succ. gerad. saxon. p.* 10. Hofmann von der Gerade *cap.* 1. §. 10.

u) CARPZOV *par. 2. const.* 14. *def.* 24. Barth von der Gerade *pag.* 216. *et* 438. BERGER *oec. iur. lib. 2. tit. 4. th. 40. not.* 9. HORN *cl.* 8. *R.* 30. *pag.* 505. *seq.*

x) Barth *l. c. cap.* 4. §. 4. Hofmann *l. c. cap. 2. num.* 19. *pag.* 147.

XXI.

Rechtliches Gutachten

nach S ** im März 1764.

1. Ein Eheweib kann, wenn sie die statutarische Portion verlanget, nicht zugleich auf die Gerade Anspruch machen.

2. Von der Vermuthung der Gerade eines Eheweibes.

Als uns nachstehende Geschichtserzehlung, nebst einer Frage, zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen wir vor Recht:

Hat Herr Superbius ein Doctor und Hofadvocat, in der Stadt S. die Erectam, welche eine ziemliche Summe baaren Geldes und, unter andern, erkleckliche Geradestücke besessen, geheyrathet, und derselben die Gerade abgekauft. Ist Erecta ohne Kinder gestorben und Superbius ein Witber geworden. Da er sich denn, nach geendigter Trauerzeit, zum zweiten mahle mit der jungen Pulchra verehliget, mit selbiger aber in beständiger Zwistigkeit gelebet hat. Ob sie nun zwar 1500. Mßl. Capitalien besessen, so hat sie doch solche nicht weiter, als daß sie dem Superbius die Interessen heben lassen, ihm inferiret. Ist Superbius plötzlich verstorben, und hat auch in der zweyten Ehe keine Kinder, sondern die Witbe und vier Schwestern von voller Geburth verlassen. Bestehet sein Nachlaß in zwey Häusern in der Stadt S., in verschiedenen baaren Geldern, Meublen und Geradestücken, die er seiner ersten Frau abgekauft hat. Ist in der Stadt S. die Gerade nicht, sondern die eheliche Gemeinschaft der Güter eingeführt, jedoch in einem besondern Articul verfüget, daß der überbleibende Ehegatte, wenn keine Kinder vorhanden sind, von der Collation der Güter befreyet, und nur von des Verstorbenen eigenem Vermögen den 3ten Theil an dessen Eltern, den 6ten aber an dessen Seitenverwandten hinaus geben solle. Erwächßt über diese Erbschaft ein Streit, welcher vornämlich auf diese zwey Fragen ankömmt:

1. Ob, den Rechten nach, die hinterlassene Witbe des Superbius in die statutarische Portion dasigen Orts wegen der zwey Häuser succediren und auch die Gerade nach den gemeinen sächsischen Rechten dazu nehmen kann? und, Falls die Witbe, nebst der statutarischen Portion auch zugleich die Gerade nehmen könnte, wer

2. den

2. den Beweis, in Ansehung des Beschlusses führen muß, nämlich ob die Witbe beweisen muß, was sie von ihres Mannes Mobiliarvermögen, welches zur Gerade gehöret, im Beschluße gehabt habe, oder ob des Superbius Schwestern zu beweisen haben, was die Witbe von dem Mobiliarvermögen, welches zur Gerade gerechnet wird, nicht im Beschluße gehabt habe?

Ob nun wohl, so viel die erste Frage belanget, 1) in S**, wenigstens in Ansehung der Einwohner, welche, wie bey dem verstorbenen Doctor Superbius wahrzunehmen, ein privilegirtes Forum haben, die Gerade giltig, und der hinterlassene Ehegatte in die Gerade zu succediren wohl befugt ist, auch deshalben der Doctor Superbius seiner erstern Eheconsortin die Gerade, damit sie nicht an deren Niftel fallen können, abgekauft hat; mithin es das Ansehen gewinnet, daß, wenn schon keine Mannspersonen eine Gerade verlassen können, sondern nur Weibspersonen, die Eheweiber und Nifteln y), dennoch solche Stücke für Gerade zu achten wären, welche das Weib bey Lebzeiten ihres Mannes im Besitze und Beschluße gehabt, ja ihr so gar durch solchen Beschluß das Eigenthum daran zustehe z); überhaupt 2) für die Gerade so das Weib aus ihres Mannes Nachlaße erhält, um so mehr die Präsumtion streitet, da die Geradestücke den Weibern zum Putz und Zierde von den Männern geschaft werden a), und die Gerade den Männern zu Ehren gereichet b):

D. a. u. d. ad 1) eine Ehefrau, wenn sie etwas von ihres Mannes Erbe nimmt, oder nach Erbgangsrechte dem Manne succediret, die Gerade aus ihres Mannes Nachlasse zu erhalten, nicht vermögend ist c), folgbar das Weib, welches die statutarische Portion erwählet, die Gerade nicht erlanget d); mithin ad 2) eine solche Witbe, welche die statutarische Portion erhält, dasjenige, was sie von des Mannes Geradestü-

cken

y) IO. VOLCKM. BECHMANN *usus pract. feudal. exerc. XV. ad lib. 2. tit. de fruct. feudal.* §. 34. *pag.* 412. Barth Bericht von der Gerade, *cap.* II. §. 1.

z) Barth *cit. loc.* §. 2.

a) argum. *l.* 5. §. 10. *D. commodat.*

b) arg. *l.* 40. *seqq. D. de donat. inter coniug.* CARPZOV *part.* II. *conf.* 24. *def.* 29. *num.* 8. Eiusdem tract. *de donat. geradae cap.* II. §. 23. *num.* 94.

c) *Constitut. Elect. Saxon. par.* III. *constit.* 37. CARPZOV *ad citat. constit. def.* 4. BERLICH *par.* III. *concl.* 50. *num.* 3. *et* 4.

d) CARPZOV *part.* III. *const.* 37. *def.* 3. *et* 5. Barth Bericht von der Gerade, *cap. VI.* §. 8. *pag.* 612. *seq. et cap. VII.* §. 5. *pag.* 676.

cken bey dessen Lebzeiten im Besitze gehabt, nicht bekömmt; ihr auch ad 3) die rechtliche Vermuthung, daß die Gerade zu der Ehemänner Ehre gereiche, weil das Weib durch die statutarische Erbportion einen anderweiten Unterhalt bekommt, nichts helfen kann: So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß die Witbe des Superbius, wenn sie ihrem Manne, nach den statutarischen Rechten, succediret, auch die Gerade, nach den gemeinen sächsischen Rechten, zu fordern nicht berechtiget sey.

Ob nun wohl, was hiernächst die zweyte Frage betrift, es scheinen dürfte 1) daß wenn ein Mann währender Ehe seinem Weibe solche Sachen, welche zum weiblichen Schmucke gehörig sind, gegeben hat, selbige, Falls er auch nicht ausdrücklich, daß er ihr solche geschenket haben wolle, dabey gesaget, schon für Geradestücke, so dem Weibe zustehen, zu halten seyn e), indem 2) zur Gerade weiter nichts erforderlich ist, als daß die Sachen, wovon die Frage ist, zum weiblichen Putz, Zierde und Gebrauch gehören; und 3) nichts schadet, wenn gleich der Ehemann, um besserer Verwahrung halber, selbige in seinen Beschluß genommen und sie bey seinem Tode in dessen verschlossenen Behältnissen gefunden worden f); dergestalt, daß 4) der Besitz für ein nothwendiges Stück der Gerade, so die Witbe von ihrem Ehemanne bekommt, keinesweges zu achten g):

D. a. u. d. ad 1) daß das Weib die zur Gerade gehörigen Stücke schon währender Ehe eigenthümlich besessen habe, allerdings erforderlich ist, und, nach Sachsen Rechte, keine Geradestücke des Mannes dem Weibe zugestanden werden, als diejenigen, welche, schon bey dessen Lebzeiten, des Weibes Eigenthum sind; so daraus, daß ihr der Ehemann solche Stücke in ihren Beschluß gegeben und überlassen hat, präsumiret wird h); dahero, wenn der Mann dem Weibe einige Geradestücke nur zum Aufheben oder zur Verwahrung zugestellet und gegeben, oder gar daß er ihr solche nicht geschenket, sondern nur zum Gebrauch gegeben, oder

e) **Barth** Bericht von der Gerade *cap. IV.* §. 2.

f) **Barth** Bericht von der Gerade. *cap. IV.* §. 1. *pag.* 258.

g) BERGER *oecon. iur. lib. II. tit. IV.* §. 40. *pag.* 456.

h) CARPZOV *diss. de donat. geradae thes.* 23. *in fin.* Id. *part. II. const.* 13. *def.* 21. et *constit.* 14. *def.* 29. *num.* 8.

oder geliehen haben wollte, ausdrücklich gesaget hätte, durch den blossen natürlichen Besitz, solche Sachen noch zu keinen Geradestücken gemacht werden i); auch ad 2) bey dem Nachlaße des Mannes gar nichts darauf ankömmt, daß unter seinen Vermögen Geradestücke befindlich sind, sondern daß das Weib das Eigenthum solcher Geradestücke schon bey des Mannes Leben gehabt, und sie also solche nur aus des Mannes Verlassenschaft separiren, und als ihr eigen Gut vindiciren könne k); derohalben ad 3) wenn das Weib des Mannes Sachen, so zur Gerade gerechnet werden, bey dessen Absterben im Besitze hat, und solches, weil es in einer That bestehet, beweisen kann, dieses, daß ihr das Eigenthum von dem Manne daran zugestanden worden, nach Sachsen Rechte, zu präsumiren ist: l); mithin des Mannes Erben, wenn sie, daß der Mann dem Weibe die Sachen, so diese besitzet, nur geliehen habe, vorgeben, davon, weil solches gleicher Weise eine Thatsache ist, den Beweis führen müssen m); wie denn ad 4) dasjenige, was nicht die Frau, sondern der Mann in Verwahrung und Beschluße hat, für Erbe und nicht für Gerade zu achten ist n): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß ein Weib, welches die Gerade aus des Mannes Nachlasse zu fordern berechtiget, den Beweis, wasmasen sie die Geradestücke, so sie verlanget, in ihrem Beschluße gehabt, übernehmen müsse; hingegen des Mannes Erben, wenn sie, des Beschlusses ungeachtet, etwas zur Gerade dem Weibe nicht überlassen wollen, ihr Vorgeben, daß sich der Mann das Eigenthum ausdrücklich vorbehalten habe, erweisen müssen. V. R. W.

XXII.

Rechtliches Gutachten

nach A** im Jenner 1765.

1. Von einem schriftlichen Testamente der Eltern unter Kindern, wenn sie weder lesen, noch schreiben können.

 2. Von

i) BERGER *part. II. supplem. consil.* 41. *pag.* 1446.

k) Barth Bericht von der Gerade, *cap. II.* §. 2. *pag.* 32.

l) Sächs. Weichbild *art.* 23. *ibique Glossa.* Barth Bericht von der Gerade *cap. IV. pag.* 260. *seq.*

m) CARPZOV tr. *de donat. geradae c. I. num.* 6. *fol.* 208. Id. *part. III. constit.* 9. *def.* 27. *num.* 6.

n) CARPZOV *part. III. const.* 14. *def.* 30.

2. Von einer stillschweigend erlassenen Einwerfung der Güter.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung, nebst zweyen Fragen zugeschicket und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, d. s. w. v. R.

Ist Anne Eve Meisnerin mit Hinterlassung eines einzigen Sohnes, Johann Christoph Meisners und einer einzigen Tochter, Annen Justinen, verehligten Rostockin, zu Wersdorf, im Amte Roßla gelegen, am 10den November 1764 verstorben. Hat, nach ihrem Tode, gedachter ihr Sohn folgende letzte Willensordnung, so sie, seine Mutter, soll haben aufsetzen lassen, nämlich:

Nachdem ich bey meinen durch göttlichen Beystand erlangten Alter so wohl als wegen zeithero anhaltender Unpäßlichkeit, mich meines Todes erinnere, welcher vielleicht, nach Gottes weisen Rathschluß, mir unvermuthet erfolgen könnte; so habe ich mich zu einem seeligen Abschiede wohl vorbereitet, wegen meiner zeitlichen Verlassenschaft, nachfolgende mütterliche Willensverordnung, wie meine beyden Kinder, nach meinen seeligen Hintritte aus dieser Welt sich in meine Nachlassenschaft zu vertheilen haben, mit Zuziehung meines Vormundes, aufsetzen wollen. Gleichwie nun erwehnte meine beyden Kinder, welchen ich allen reichen Seegen von dem gütigsten Gott anwünsche, namentlich

Johann Christoph Meisnern und
Annen Justinen verehligte Rostockin in Pfiffelbach,

zu wahren und einzigen Erben meines hinterbliebenen sämtlichen Vermögens hiermit einsetze, daß selbige in solches, insonderheit aber in die vorhandene Grundstücke, der Ordnung nach, nach dem Loose vertheilen, und unter sich gütlich vertragen sollen; so ist dabey aber mein ausdrücklicher Wille, weil meine Tochter Anna Justina, verehligte Rostockin, bey ihrer damaligen Verheyrathung, ihre Ausstattung, nach meinen Umständen und Vermögen von mir erhalten, dargegen aber mein Sohn, ernannter Johann Christoph Meisner, solche noch rückständig hat, daß jetzt bemeldter mein Sohn ernannter Johann Christoph Meisner, anstatt socher seiner Ausstattung, und, in Betracht, daß derselbe mir als seiner Mutter, in meinen Witbenstande treulich an Handen gegangen, alle Feldarbeit, auch was im Hause zu thun gewesen, willig und gerne verrichtet,

richtet, und mein Stückgen Brodt mit erwerben und verdienen helfen, dafür aber, noch zur Zeit keine Vergeltung genossen, für seine Abfindung

alles und jedes im Hause und in der Scheune vorräthige Getraide, es mag solches ausgedroschen seyn oder nicht, nicht weniger auch das vorhandene Rindvieh, ingleichen das Schaafvieh, so er meistens selber erzogen, benebst Heu, Grummet und Stroh, sammt Schiff und Geschirre, auch das im Hause vorräthige Holz zum voraus vor seine Schwester, der verehligten Rostockin, haben, und sich nachmalens in die vorhandenen Grundstücke zu gleichen Theilen verloosen, jedoch, daß er sämtliche Kosten, so auf mein Begräbniß gehen, alleine zu tragen schuldig seyn solle;

Wobey aber aller Zwietracht und Uneinigkeit, welches eines oder das andere der Vertheilung halber erregen könnte oder möchte, ernstlich verbiethe, sondern gute Eintracht und Zufriedenheit selbigen anwünsche, mit demjenigen was jedem Gott beschieden, zufrieden zu seyn, und allen Seegen von dem großen Gott zu erwarten. Wenn nun diese meine letzte Willensverordnung mit vorgängigen guten Bedacht, bey annoch guten und vollkommenen Verstande aufsetzen und mein mütterlicher Wille ist, daß solchen in allen von meinen Kindern streckllich nachgelebet werde: Als habe ich solche, da vorgängig solche mir deutlich ist wiederum vorgelesen worden, durch gedachten meinen Vormund, weilen ich des Schreibens unerfahren bin, meinen Nahmen unterschreiben, auch durch selbigen, benebst denen dazu erbetenen Zeugen unterschreiben lassen. So geschehen Wersdorf den 15ten September 1764.

Anna Eva Meisnerin, als Mutter

Daniel Gotthardt Zahmseil, derselben gerichtl. bestätigter Vormund, so auch deren Nahmen auf ihr Begehr unterschrieben.

Johann Christian Müller, Gerichtsschöppe.

Michael Appelstiel, als Zeuge.

dem Fürstlich sächsischen Amte Roßla, laut gerichtlicher Registratur: Actum Roßla den 5ten December 1764: an diesem ebengedachten Tage offen übergeben. Hat nun aber, wie Quärent dabey meldet, der Sohn

 dem

dem Vormunde seiner Mutter vorhero einen Aufsatz, welchen Michael Appelstiel gemacht, wie er das Testament verfertigen solte, überbracht, und einige Tage hernach, ohne daß die Mutter solches verlanget, für sich den Vormund nach Wersdorf zu seiner Mutter abgeholet: da denn bey Errichtung des Testaments von ihnen und der Mutter eine Kanne Wein, bis auf etwas weniges, ausgetrunken, ihr in Gegenwart der Zeugen das Testament weder vorgelesen, noch von den Zeugen sogleich, sondern, erst verschiedene Tage hernach, unterschrieben worden ist. Hat auch die Mutter die Errichtung des Testamentes, auf Befragen ihrer Tochter und ihrer, der Testirerin, leiblichen Schwester, geläugnet, und einige Tage hernach, als das Testament verfertiget seyn soll, zur Tochter, daß sie ihr ein fein Begräbniß ausrichten, sie fein anziehen, und den Sohn nicht so leer abweisen sollte, gesaget; auch sonst gegen eine andere Person, daß dasjenige, so ihr Sohn voraus haben solte, keine 50 rthl. betrüge, gesprochen. Entstehen dahero folgende Fragen:

1. Ob diese letzte Willensverordnung zu Recht beständig?

2. Ob die Tochter, wenn diese letzte Willensverordnung gültig, die in Pfiffelbach liegenden Aecker, welche ihr, nach ihrer Verheyrathung die Mutter ab- und zuschreiben lassen, und die sie, nach geschehener Uebergabe, genutzet und gebrauchet, mit ihrem Bruder zu theilen verbunden sey?

Ob nun wohl, so viel die erste Frage anlanget, nicht nur der Vater, sondern auch die Mutter, wenn sie gleich von Bauerstande sind, unter ihren Kindern, ohne alle Solennität, ein Testament errichten können o); und schon dieses, daß man von ihrem Willen gewiß versichert ist, für hinlänglich gehalten wird, so daß dieserhalb, wenn solcher mündlich zu erkennen gegeben worden, dessen Beweiß so wohl durch zwey Zeugen, als durch einen Zeugen und den Erfüllungseyd, ja auch sogar ohne alle Zeugen, blos durch die Eydesdelation geführet werden kann p); sodann, wenn die Eltern in Schriften unter ihren Kindern disponiren wollen, die Gesetze weiter nichts, als daß der Testirer seinen letzten Willen mit Ausschreibung der Kinder völligen Nahmen und der ihnen ange-

o) *l. 21. §. 1. C. de testam.* STRYK *de caut. testam. cap. 10. §. 2, et 9. cap. 13. §. 16.*

p) WERNHER *in sel. obs. for. par. 10. obs. 465.*

angewiesenen Theile, wie auch mit Ausdrückung Jahres und Tages, entweder ganz und gar mit eigener Hand schreibe, oder, wenn er solchen von einem Andern hat aufsetzen lassen, wenigstens eigenhändig seinen Nahmen unterschreibe, verordnen q); bey ermangelnder Unterschrift aber die eydliche Erhärtung zweyer Zeugen von dem ihnen vom Testirer geoffenbarten Willen schon für hinlänglich gehalten wird r); hiernächst was einer durch einen Dritten verrichten läßt, den Rechten nach, eben so gut ist, als wenn er es selbst gethan hätte; und dieserhalb die Meinung einiger Rechtslehrer, daß wenn die Nahmens Unterschrift, bey einem Testamente der Eltern unter ihren Kindern, auf Verlangen des Testirers, Statt seiner, von einem Andern geschehen, solches eben so gültig wäre, als wenn es der Testirer selbst unterschrieben hätte s), nicht ungegründet zu seyn scheinet; bevorab da auch bey einem solennen schriftlichen Testamente der Testirer, ausser den sieben Zeugen, noch den achten, der Statt seiner das Testament unterschreibet, hinzuziehen kann t); folglich, daß auch gegenwärtiges Testament der Mutter unter ihren beyden Kindern, weil sie nicht nur ihren Nahmen unter selbiges durch ihren Vormund schreiben, sondern auch ausserdem von zweyen darzu erbethenen Zeugen unterschreiben lassen, um so mehr für gültig gehalten werden müsse, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. eine jede Schrift, welche Jemand durch Andere hat verfertigen lassen, entweder von ihm selbst durchlesen, oder, wenn er des Lesens nicht kundig, ihm erst vorgelesen werden muß, wenn künftig wider ihn oder Andere die Schrift zum Beweise gebraucht werden soll; und besonders solches, in Ansehung der Testamente, wovon Kayser Maximilian in der Verordn. vom Jahr 1512, folgendergestalt: weiter so ist auch in einem jedem Testament, ob es gleich nuncupatiuum, als ohne Schrift gemacht wäre, noth, daß alle Handlung, so zu solches Testaments Aufrichtung ergangen, und aufgeschrieben wäre, vor dem Testirer und Zeugen, ehe denn sie von einander scheiden, vorgelesen werde: ausdrücklich geordnet hat; um so mehr, wenn es auch gleich ein Testament der Eltern unter ihren Kindern seyn sollte, zu beobachten ist u); und ob zwar der Vorle-

q) *Auth. Quod sine C. de testam.*
r) RICHTER *decis.* 29. *num.* 16. 17. 18. 9. *seqq.*
s) GOTHOFREDVS *ad Nov.* 107. *cap.* 1. *verb. propria manu.* GAIL *lib.* 2. *obs.* 112. *num.* 15. HARTMANN. PISTOR. *qu.* 1. *num.*
t) *l.* 28. §. 1. *C. de testam.*
u) RICHTER *decis.* 32. *num.* 5. *et* 9. IVST.

Vorlesung in dem gegenwärtigem Testamente gedacht wird, und eine jede Schrift die Vermuthung, daß dasjenige, so darinne stehet, wahr sey, für sich hat x); dennoch Quärent, daß der Testiterin in Gegenwart der unterzeichneten Zeugen das Testament weder vorgelesen, noch von letztern sogleich unterschrieben worden, in der Geschichtserzählung gedacht hat; hiernächst die allermehresten Rechtslehrer, daß Eltern, wofern sie des Schreibens nicht erfahren sind, auch nicht schriftlich, unter ihren Kindern, durch Anderer Unterschrift ihres Nahmens testiren könnten, und daß ein solches Testament besonders alsdenn, wenn die gehörige Vorlesung desselben nicht zu erweisen stehen sollte, ungültig sey, wegen der dabey mangelnden Gewißheit des letzten Willens der Eltern und des daher entstehenden Verdachts der Unrichtigkeit, wohlgegründet behaupten y); dieser Verdacht auch aus den in der Geschichtserzählung angemerkten Umständen, besonders daraus, daß selbst der Sohn der Testiretin vorhero ihrem Vormunde einen Aufsatz, wie er das Testament verfertigen sollte, überbracht hat, sich nicht wenig veroffenbahret; sodann, wenn dasjenige, was einer durch Andere gethan, als seine Handlung angesehen werden soll, dasselbe auch gewis auf sein Verlangen geschehen seyn muß; und obschon bey einem solennen schriftlichen Testamente die Unterschrift eines Andern, Statt des Testirers, zugelassen wird, solches dennoch nur um deswillen, weil zugleich sieben andere Zeugen, durch welche die Gewißheit von des Testirers Willen überflüßig dargethan werden kann, hinzugezogen sind, verstattet zu seyn scheinet; folglich dasjenige, so, dieser Unterschrift wegen, bey einem solennen schriftlichen Testamente die Gesetze erlaubet haben, auf ein schriftliches Testament der Eltern unter ihren Kindern, bey dessen Errichtung keine Zeugen zugegen gewesen sind, nicht gezogen werden darf: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß mehrbesagtes Testament, wenn der Umstand, daß der Testirerin selbiges in Gegenwart der Zeugen nicht vorgelesen worden, seine Richtigkeit hat, zu Recht nicht bestehe.

Die zweyte Frage betreffend, obwohl die Kinder, wenn sie ihre Eltern beerben wollen, dasjenige, was sie von selbigen bey deren Lebzeiten erhal-

IVST. HENNING. BOEHMER in *diss. de testamento non praelecto*, §. 4. in eiusd. *Exercit. ad Pand. tom.* 4. *exerc.* 75.

x) *l.* 14. *C. de inutil. stipulat.*

y) BESOLD. *vol.* 5. *cons.* 230. KÖPPEN *decis.* 45. *num.* 27. RICHTER ad *Auth. lib.* 6. *tit.* 23. *num.* 11. *part.* 2. *pag.* 98. STRYK *de caut. testam. cap.* 10. §. 21. LENGAU *part.* 2. *resp.* 40. *num.* 2. LEYSER *spec.* 367. *med.* 4.

erhalten, und wovon sie bey deren ihrem Ableben sich noch reicher befinden, entweder zur gemeinschaftlichen Erbschaftsmasse bringen, oder sich abziehen lassen müssen z), indem die Gesetze von den verstorbenen Eltern, daß sie ihre Kinder gleich geliebet, und also, daß von ihrem Vermögen eins so viel als das andere bekommen solle, gewollt hätten, die Vermuthung fassen; mithin selbige die Erlassung der Collation, als welche ohnehin in einer Handlung, die von Jemanden fürgenommen worden seyn soll, bestehet, nicht vermuthen, sondern, daß solche ausdrücklich geschehe, vielmehr verordnen a); mithin, daß die Tochter, wenn sie mit ihrem Bruder entweder nach dem Testamente, oder, ohne selbiges, die Mutter beerben will, die in Frage gekommenen Aecker zur mütterlichen Verlassenschaft zu bringen, folglich mit ihrem Bruder zu theilen habe, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. die Mutter in dem Testamente, daß sie ihrer Tochter Annen Justinen, verehligter Rostockin, bey deren Verheyrathung die Ausstattung, nach ihren Umständen und Vermögen, gegeben habe, ausdrücklich zu erkennen giebt; und Quärent, daß die Tochter etwas anderes von erheblichen Sachen, als die Aecker, zu ihrer Ausstattung erhalten, nicht angezeiget hat; folglich die Mutter unter der Ausstattung füglich nichts anders, als die Aecker, zumahl wenn sie der Tochter solche schon vor der Heyrath versprochen, oder bald hernach abgetreten haben sollte, verstanden haben kann; die Mutter aber zugleich in dem Testamente, daß ihr Sohn solche Ausstattung noch rückständig hätte, und er, Statt solcher, vor seine Abfindung die im Testamente specificirten Sachen erhalten sollte, deutlich verordnet hat; mithin, daß hierdurch dasjenige, was die Tochter zu ihrer Ausstattung erhalten, ihm vergüthet seyn, folgbar dieserhalb keine Collation geschehen solle, genugsam an den Tag geleget wird; solchen Falls aber auch, daß eine Remißion der Einwerfung der Güter stillschweigend stattfinde, den Rechten nicht entgegen ist b): So achten wir den Gesetzen gemäs zu seyn, daß die Tochter

z) *lib.* 37. *tit.* 6. *D. de collat. bon.* et *lib.* 6. *tit.* 20. *C. de collat.*

a) *Nou.* 18. *cap.* 6. Vbi: *nisi expressim designauerit ipse, se velle non fieri collationem.*

b) *l.* 39. §. 1. *D. fam. ercisc.* VINNIVS *de collat. cap.* 7. *num. ult.* CARPZOV *par.* 3. *const.* 11. *def.* 24. BERLICH *par.* 2. *decis.* 249. *num.* 3. BERGER *in oec. iur. lib.* 2. *tit.* 4. §. 51. *not.* 10. STRYK *de succ. ab intest. diss.* 11. *cap.* 6. §. 7. RICHTER *ad Auth. lib.* 6. *tit.* 20 [illegible]

Tochter auch auf dem Fall, wenn man ihrer Mutter letzte Willensverordnung als gültig ansiehet, die in Pfiffelbach liegenden Aecker, welche ihr, nach ihrer Verheyrathung, die Mutter ab und zuschreiben lassen, und die sie, nach geschehener Uebergabe, genuzet und gebrauchet, mit ihrem Bruder zu theilen nicht verbunden sey. V. R. W.

Hat darauf die Tochter wider ihren Bruder eine Klage angestellet, worinne sie nicht nur das obgedachte Testament als ungültig anzufechten, sondern auch die Pfiffelbachischen Aecker für solche, die ihr als eigen verbleiben müßten, auszugeben gesuchet, und gebethen, in Rechten zu erkennen und auszusprechen:

> daß das vom Beklagten angebliche Testament an und für sich null und nichtig, dahero denn Beklagter mit mir den mütterlichen Nachlaß in gleiche Theile abzutheilen, auch von allen Mobilien ein *inventarium*, und in Ermangelung dessen, eine eydliche Specification zu extradiren, und darnach die Theilung einzurichten, wie nicht minder mich in dem ruhigen Besitze der zur Mitgabe erhaltenen Pfiffelbachischen Grundstücke zu lassen, auch alle dieserhalb verursachte Schäden und Unkosten mit den eingehobenen und zu erheben gewesenen Früchten gut zu thun schuldig.

Der beklagte Bruder ließ sich auf die Klage ein, und leugnete den Grund derselben. Weshalb der Klägerin der Beweiß, mit Vorbehalt des Beklagtens Gegenbeweiß, auferleget wurde. Die Klägerin führte nun auch den Beweiß zwar in Ansehung der Nullität des Testaments, nicht aber wegen der Pfiffelbachischen Aecker hinaus. Sie erhielt dahero, nach Verschickung der Acten, im Monath December 1766 folgendes

Urthel

Auf Klage, Antwort, geführten Beweiß und Gegenbeweiß und erfolgte Sätze Vormunds Annen Justinen Rostockin, Klägers an einem, Johann Christoph Meißners, Beklagtens am andern Theil, so uns in den dißfals ergangenen Acten, in zweyen Stücken sub ☉ et ☽, nebst einer Frage zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, sprechen wir vor Recht:

Daß

Daß Klägerin zwar in Ansehung des angefochtenen Testaments, nicht aber in Ansehung der libellirten Pfiffelbachischen Grundstücke dasjenige, so ihr zu erweisen auferleget und sie sich angemaßt, wie recht, erwiesen; derowegen Beklagter den mütterlichen Nachlaß, nach einem zu Recht beständigen *inventario*, oder, in Ermangelung dessen, nach einer eydlichen Specification, in gemeinsame Theilung zu bringen, und der Klägerin ihren Antheil, samt den, von Zeit der erhobenen Klage, davon eingezogenen Nutzungen, abzutreten schuldig. Die beyderseits aufgewandten Unkosten des Processes werden gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl beyde Theile, nach der von der Klägerin fol. 19 seq. act. sub ⊙ erhobenen Klage, über zweyerley Puncte, nämlich 1) ob das fol. 1 seq. eor. act. befindliche mütterliche Testament zu Recht bestehe? und 2) ob der Klägerin die von ihrer und des Beklagtens Mutter, bey ihren Lebzeiten, erhaltenen Pfiffelbachischen Grundstücke alleine zuständig, und sie folglich mit ihrem Bruder selbige zu theilen nicht schuldig? mit einander gestritten haben; in Ansehung des ersten Puncts aber, und zwar, daß gedachtes Testament zu Recht bestehe, und Beklagter dahero, den mütterlichen Nachlaß mit der Klägerin zu theilen nicht verbunden sey, dem Beklagten folgende Zeugenaussagen zu statten zu kommen scheinen, daß der Zeuge, Michael Appelstiel, der das Testament mit unterschrieben, vermöge seiner Deposition, den fol. 9. act. sub D befindlichen Aufsatz, ohne daß ihm Beklagter dieserwegen etwas gesagt, lediglich auf der Meißnerin Begehren, nach ihrer Willens Meinung, wie es nach ihrem Ableben gehalten werden solle, und wie sie schon einige Zeit zuvor davon mit ihm gesprochen habe, in seinem Hause, ohne daß Beklagter zu gegen gewesen, geschrieben und gefertiget c); daß aber hierauf Beklagter diesen Aufsatz der Testirerin Vormund, dem Hofadvocaten Zahmseil, nach dessen Aussage, zu dem Ende, daß er darnach das zu errichtende Testament fertigen und einrichten sollte, eingehändiget, und von ihm, sich nach Wersdorf zu seiner Mutter, Annen Even Meißnerin, zu verfügen und ein

c) *test.* 3. *ad art. prob.* 4. 5. 6. et *ad* 2 et 3. et *ad art. repr.* 4. *art. reprob.* 2 et 3. *huiusque interr. spec.*

ein Testament zu errichten begehret d), daß auch, als dieses geschehen, gedachter Hofadvocat Zahmseil, Inhalts seiner Aussage, das fol. 1 sub ⊙ befindliche Testament, nach dem von Beklagten ihm überbrachten Aufsatze, und nach dem, was ihm die Testirerin vorhero schon einige mahl gesaget, zu Apolda aufgeschrieben e), und sothanes Testament darauf der Meißnerin nach Wersdorf überbracht, daß er, Hofadvocat Zahmseil, sodann ihr solches, ehe noch Beklagter aus dem Felde nach Hause gekommen, durch seinen bey sich gehabten Sohn vorlesen lassen, und er, nachdem sie auf die Frage: ob solches ihre Meinung sey? mit Ja, geantwortet, und daß dieses, was im Testament stünde, ihre wahre Willensmeinung sey, sich erkläret gehabt, sothanes Testament mit ihrem und seinem Nahmen, auf ihr Geheiß, unterschrieben und ihr da gelassen hat f); daß nachhero dasselbe der zweyte und dritte Zeuge, nachdem letzterer ihr solches vom Anfange bis zu Ende vorgelesen, und darauf die Meißnerin, daß dieses, was im Testament stünde, ihre wahre Willensmeinung sey, gesagt gehabt, gleichfalls mit ihrem Nahmen unterschrieben haben g); folgbar, nach jetztgedachter ZeugenAussagen, dieses Testament gültig errichtet zu seyn scheinet; so viel aber den zweyten Punct, nämlich die Pfiffelbachischen Grundstücke betrift, sowohl der Amtsschuldheiß, als zwey Gerichtsschöppen zu Pfiffelbach, den Umstand, daß Anna Eva Meißnerin ihrer Tochter, der Klägerin, bey deren Verheyrathung, ihre in der Pfiffelbacher Fluhr gelegene Grundstücke, in 1 1 Acker 3 Viertel und einen Sechzehntheil Lede bestehend, zur Aussteuer mitgegeben, und, am Tage Martini 1751 in Gegenwart der ganzen Vormundschaft zu schreiben, und in dem Gemeinde Buche ihren Nahmen austhun lassen, mittelst des Attestats sub B fol. 24. act. sub ⊙ bezeugen; solchemnach Beklagter an diesem Grundstücke kein Recht haben dörfte; mithin, daß allenthalben anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. zur Gültigkeit eines unter den Kindern errichteten Testamentes, wenn es ein schriftliches seyn soll, die eigenhändige Unterschrift des

d) *test.* 1. *ad art. prob.* 7. 8 et 9.

e) *test.* 1. *ad art. prob.* 14, 15. *et ad art. repr.* 7.

f) *test.* 1. *ad art. prob.* 12, 16 *et ad art. reprob.* 6, 8, 9. *huiusque interr. spec.* 1. et 2 *et ad art. rep.* 10. *huiusque interr. spec.* 1 et 2.

g) *test.* 2 et 3. *ad art. rep.* 11 et 12. *huiusque inter. spec.*

des Testirers, ausserdem aber, wenn es ein mündliches Testament seyn soll, die eigene von dem Testirer zweyen Zeugen mündlich geschehene Bekanntmachung seines lezten Willens erforderlich ist h); der Annen Even Meißnerin angebliches Testament fol. 1. seq. act. sub ⊙ aber, weder für ein schriftliches, weil sie dasselbe nicht selbst eigenhändig unterschrieben, noch für ein mündliches, weil sie ihren letzten Willen nicht zweyen Zeugen mündlich bekannt gemacht hat, gehalten werden kann, gestalten ob zwar gedachte Meißnerin dasselbe durch ihren Vormund aufsetzen und ihren Nahmen unterschreiben lassen, dennoch solches eines Theils wider die in den angeführten Gesetzen vorgeschriebenen Form ist, andern Theils aber, wenn man dergleichen Unterschrift ja allenfalls für der Testirerin Unterschrift ansehen wollte, die Vorlesung des Testaments, weil die Testirerin des Schreibens unerfahren, wenigstens in Gegenwart zweyer Zeugen, daß diese in die Schrift mit hineingesehen und, wie die Testirerin, daß ihr Vormund, der Hofadvocat Zahmseil, solches Statt ihrer unterschreiben solle, verlangt habe, gehört hätten, um wegen der Gewisheit ihres Willens ausser Zweifel zu seyn, nöthig gewesen wäre i); dieses aber bey der Meißnerin Testament unterlassen worden ist, angesehen die beyden Zeugen, welche selbiges mit unterschrieben, bey der Zahmseilischen Vorlesung und Unterschrift nicht zugegen gewesen sind k), sondern dasselbe nachhero jeder alleine zu verschiedener Zeit, und zwar blos in Gegenwart des Beklagtens unterschrieben hat l); dahero auch beyden Zeugen von dem Umstande, daß die Meißnerin ihren Nahmen unter das Testament zu schreiben Jemanden aufgetragen hätte, nichts bekannt ist m); sodann zwar verschiedene bewährte Rechtslehrer, daß ein Testament unter den Kindern in dem Falle, da es von dem Testirer weder geschrieben, noch unterschrieben, sondern von Jemand anders geschrieben worden, alsdenn, wenn der Testirer nachhero für zweyen Zeugen, daß darinne sein letzter Wille enthalten sey, sich erkläret hat, oder, wenn die Zeugen solches nach dieser Erklärung unterschrieben haben, für gültig zu achten sey, dafür halten n), dennoch dieselben

h) *Auth. Quod sine C. de testam. Nov.* 107. *cap.* I. SANDE *in decis. aur. lib.* 4. *tit.* I. *def.* 7. VINNIUS *in select. iur. quaest. lib.* 2. *qu.* 18.

i) Kayser Maximilian in der Verordn. vom Jahr 1512. *verb:* weiter so ist auch in einem jedem Testament ꝛc. BÖHMER *in exercit. ad Pand. tom.* 4. *exerc.* 75.

k) *test.* I. *art. prob.* 19.

l) *test.* 2 et 3. *ad art. prob.* 19.

m) *test.* 2 et 3. *ad art. prob.* 20.

n) MARTIN. PISTOR. *part.* I. *qu.* I. *num.*

ben zugleich, daß bey der Schrift, worauf sich der Testirer als auf seinen aufgesetzten letzten Willen bezogen, kein Zweifel obwalte, und dahero selbige auch diejenige, welche er gemeinet, würklich sey, mit Recht erfordern; die Testirerin aber gegenwärtiges Testament zu sich ins Bette genommen hat o); und dasselbe auch von beyden Zeugen unterschrieben worden ist p); gleichwohl, weil ihr selbiges, wie obgedacht, in zweyer Zeugen Gegenwart nicht vorgelesen worden, der fürnehmste Umstand, ob dasjenige und nichts anderes, als was darinne enthalten, ihr auch vorgelesen worden, nicht ausser Zweifel ist; und, da diese Ungewißheit in dem von dem Beklagten geführten Gegenbeweise nicht gehoben worden; demselben die Aussage des ersten und dritten Zeugens ad art. repr. 9 et 12. wenig zu statten kommt, bevorab da der dritte Zeuge von dem Testamente den fol. 9 act. sub D befindlichen ersten Aufsatz, und nach diesen, der erste Zeuge das Testament selbst und zwar lediglich auf Ersuchen des Beklagtens gefertiget hat q); hierzu auch noch kömmt, daß die Testirerin ihrer Schwester, als sie diese besuchet, und gefraget, was der Herr Hofadvocat Zahmseil bey ihr gemacht? ob sie etwa ihrem Sohne etwas vermachen lassen? die Antwort: ach nein, sie würde das nicht thun, ein Testament machen und Uneinigkeiten stiften: gegeben, und, daß der Herr Hofadvocat Zahmseil sie nur als ihr Vormund besuchet habe, hinzugesetzet hat r); bey welcher genauen Antwort, auch der Vorwand, daß die Testirerin ihrer Schwester das Testament nur aus der Ursache, damit ihre Tochter, die Klägerin, davon nichts erführe und hiedurch keine Uneinigkeiten unter ihren Kindern entstünden verschwiegen habe, nicht ausser Zweifel ist; zumahl da das Testament auch durch die übrigen Personen, welche darum gewußt haben sollen, eben sowohl bekannt werden können; und, wenn die Testirerin bey ihrem Leben die Uneinigkeiten unter ihren Kindern verhindern wollen, sie ebenfalls, daß solche nach ihrem Tode nicht entstünden, gewünscht haben wird; hiernächst, in Ansehung der Pfiffelbachischen Grundstücke, das Obervormundschaftliche Rentamt zu Kahla den Umstand,

num. 9. 10. HARPPRECHT in §. 3 et 4. *I. de testam. ord. num.* 142. CARPZOV *in iurispr. for. par.* 3. *const.* 4. *def.* 18. *num.* 4 et 5. BRVNNEMANN *ad Auth. Quod sine C. de testam. num.* 14. 10. VOLK. BECHMANN *in diss. de eo, quod iustum est, circa testamentum parentum inter liberos cap.* 3. §. 11. *num.* 25 et 26.

o) *test.* 1. *ad interr. spec.* 3. *art. prob.* 11.

p) *test.* 2 et 3. *ad art. prob.* 17.

q) *test.* I. *ad art. prob.* 8. 9 et 10.

r) *test.* 4. *ad art. prob.* 26, 27, et 29.

stand, daß als selbige bis dato noch unter der Klägerin Mutter Nahmen geführet, und diese, ohne daß solche jemahls der Klägerin in Steuren und Zinsen im Fürstlichen Rentamte zugeschrieben worden, die Erbzinsen davon entrichtet habe, fol. 8. act. sub D. klärlich attestiret; desgleichen auch oben der in den Zweifelsgründen gedachte Amtsschuldheiß und die beyden Gerichtsschöppen die Gewohnheit, daß, wenn ein paar junge Leute sich verheyratheten, die Eltern Ihnen eine Mitgabe an liegenden Grundstücken, wie es in ihren Vermögen stünde, zwar zum Nutzen, wie es in ihrem Gemeinde-Buche von der sämtlichen Vormundschaft am Tage Martini zugeschrieben würde, nicht aber erb- und eigenthümlich überliessen, und diese Mitgabe, und was die Eltern noch in Besitz hätten, vier Wochen nach der Eltern Tode, an die Kinder als Erben in gleiche Theile erb- und eigenthümlich vertheilet würde, von dasigen Orten fol. 10 act. sub D bezeugen; auch eben dieselben in ihrem von der Klägerin beygebrachten Attestat sub B fol. 24 act. sub ☉, nur von einem Nutzen und Gebrauch, den die Klägerin von diesen Grundstücken gehabt, ihr Zeugniß ausstellen; folgbar Klägerin sich deren als eigenthümlich, worauf Beklagter sich alles Anspruches zu enthalten hätte, nicht zueignen kann; ob schon Beklagter, weil das Testament nicht bestehet, ihr ihren Antheil von dem mütterlichen Nachlaß, sammt den von Zeit der erhobenen Klage, davon eingezogenen Nutzungen, weil ihm da mittelst der zugefertigten Citation die Ansprüche der Klägerin völlig bekannt geworden, abzutretten hat s); jedoch, weil das Urthel so wohl für die Klägerin als Beklagten ausgefallen, die Unkosten des Processes gegen einander aufzuheben gewesen sind; So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

XXIII.

s) *l. 2. C. de fruct. et lit. exp.* §. 2. LEYSER *spec. 249. med. 6,* in *fin. l. de offic. iudic. ibique* HOPP.

XXIII.

Rechtliches Gutachten

nach A** im May 1765.

Von der Würkung einer vom Vater in einem mit der codicillarischen Clausul versehenem Testamente seinem Sohn auf den Fall, da dieser in seinen unmündigen Jahren ohne eheliche Leibeserben mit Tode abgehen würde, geschehenen Substitution, nachdem der Sohn zwar seinen Vater überlebet, aber in einem Alter von siebenzehen Jahren und sieben Monaten verstorben ist.

Als uns ein Fascicul gehaltener Privatacten, die über des verstorbenen Johann Heinrich Leonhard Isebands, zu Altona, Nachlaß entstandene Streitigkeit betreffend, zugeschickt u. d. u. Rb. g. w. d. f. w. v. R.

Hat der verstorbene Altonaische Bürger Joachim Iseband, kurz vor seinen Ableben, unter den 7ten August 1747, ein gerichtliches Testament errichtet, und in selbigem seinen einzigen damaligen anderthalbjährigen Sohn, Johann Hinrich Leonhard, zu seinen Universalerben eingesetzet; diesen aber auf den Fall, da er in seinen unmündigen Jahren ohne eheliche Leibeserben mit Tode abgehen würde, folgende Personen substituiret: als a) des Kindes Großeltern, den Bürgermeister Heinrich Ludolph Marcken und dessen damalige Ehefrau, Falls selbige, oder eines von ihnen, noch am Leben seyn möchten, b) seinen, des Testirers, Mutter Bruder Johann Hinschen, in Eimsbüttel, oder dessen eheleibliche Kinder c) seines seel. Vater Bruders Tochter, Margarethen Voglerin, und ihre Kinder, d) seiner seel. Mutter Bruders, Carl Hinschens, in Eppendorf, hinterbliebene drey Kinder, und endlich e) seiner verstorbenen Mutter Halbschwester Annen Bläserin drey Kinder, dergestalt, daß selbige alles dasjenige, was des Testirers Sohn nachlassen würde, unter sich theilen solten, wie denn auch dem Testamente die Clausul: So ferne dieses Testament nicht als ein zierliches bestehen sollte, solches als ein Codicill, Fideicommiß, Uebergabe und Schenkung auf den Todesfall, oder sonst, als eine jedwede in den Rechten zugelassene Handlung eines letzten Willens, in und auserhalb Gericht gültig seyn, folglich darwider auf keine Weise etwas vorgenommen werden solle: angehängt worden ist. Haben sodann die Vormündere des unmün-

unmündigen Isebandischen Sohnes und Erben, nach erfolgter Publication des Testamentes, die Erbschaft angetreten; und als hierauf der jüngere Iseband, nachdem er siebenzehen Jahre und sieben Monate alt geworden, ebenfals mit Tode abgegangen, haben die in dem obangezogenen Testamente substituirte Erben um die Einsetzung in den Besitz dessen gesamten Nachlasses aus dem l. fin. de edicto divi Hadriani tollendo nachgesuchet, dem aber des verstorbenen jüngern Isebands Mutter Bruder, Heinrich Ludolph Maacke, als nächster Intestaterbe, aus dem Grunde, daß die in des ältern Isebands Testamente enthaltene Substitution erloschen sey, widersprochen, auch nach dem beyde Theile verschiedene Schriften gegen einander gewechselt, eine Sentenz dahin: daß die Imploranten mit ihren an der Verlassenschaft *quaest.* aus den von des *defuncti* vorher verstorbenen Vaters, Joachim Isebands, errichteten Testament gemachten Ansprüchen nicht zu hören, vielmehr sothane Verlassenschaft an den Imploraten Heinrich Ludolph Maacken, als des *defuncti* nächsten Erben *ab intestato* auszuantworten schuldig seyn, für sich erhalten hat; darwider die Imploranten die Appellation ergriffen, und, nach beyderseits geendigten Verfahren, in der Appellationsinstanz erkannt worden: daß dem Appellaten Maaken die Erbschaft *quaest.* zwar, jedoch gegen Bestellung hinlänglicher *caution de euentualiter restituendo*, zu extradiren, inzwischen den Appellanten annoch unbenommen bleibe, ihre *in petitorio* etwa habende weitere Gerechtsamen hieselbst an und auszuführen. Wie nun solchergestalt die Sache dermalen auf dem petitorio beruhet, so erwächst die Frage:

Ob Heinrich Ludolph Maacke sich im *petitorio* eines obsieglichen Urtels zu getrösten habe?

Ob nun wohl die Gültigkeit des von Joachim Isebanden errichteten Testamentes nicht bezweifelt werden mag, und in selbigem ausdrücklich verordnet ist, daß in dem Falle, da des Testirers Sohn und eingesetzter Erbe, Heinrich Leonhard Iseband, in seinen unmündigen Jahren ohne eheliche Leibeserben mit Tode abgehen würde, die in dem Testamente benannten Personen, und jetzigen Imploranten, demselben substituiret seyn solten, um alles dasjenige, was sein, des Testirers, Sohn, es sey an beweglichen oder unbeweglichen Gütern nachlassen wird, mithin ohne einige Ausnahme, in fünf gleiche Portionen unter sich zu theilen und nach eigenen Gefallen darüber zu disponiren, und dann der jüngere Ise-

band in seinem achtzehenden Jahre, mithin, ehe er noch die Jahre der Mündigkeit völlig erreichet, Todes verfahren ist; solchergestalt der in dem Testamente des ältern Isebands bestimmte Fall der Substitution in seine Würklichkeit getreten, und den substituirten Erben der Isebandische Nachlaß angefallen, also der Fall einer Intestaterbfolge nicht vorhanden zu seyn scheinet, masen, wann gleich von Heinrich Ludolph Maacken, als nächsten Intestaterben, vorgewendet wird, daß die in dem Isebandischen Testamente enthaltene Verordnung eine pupillarische Substitution sey, und aus den Rechten bekannt, wie diese Art der Substitution blos auf die Jahre der Impubertät eingeschränket ist, und daher in dem gegenwärtigen Falle, da der jüngere Iseband in seinem achtzehendem Jahre verstorben, die Substitution vorlängst erloschen sey; dennoch dieser Vorwand um so weniger in Betracht zu ziehen seyn dörfte, als dem oberwehnten Testamente die codicillarische Clausul beygefüget ist, deren Würkung darinnen bestehet, daß sie diejenigen testamentarischen Verordnungen, so an sich nach der Strenge der Rechte nicht bestehen können, in codicillarische und fideicommissarische Verordnungen verwandelt t); und aus diesem Grunde die pupillarische Substitution, Falls solche in dem väterlichen Testamente über die Jahre der Impubertät erstrecket worden, nach erlangter Pubertät zwar nicht weiter für eine pupillarische, wohl aber, in Ansehung der verlassenen väterlichen Erbschaft, als eine fideicommissarische Substitution, der Rechtslehrer Meinung nach, aufrecht erhalten werden muß u); wie dann auch die codicillarische Clausul diese Würkung behält, wann gleich der Testirer, daß selbige dem Testamente beygefüget werde, nicht ausdrücklich verlanget hat, in mehrern Betracht eines jeden Testirers ernster Wille ist, daß sein Testament, so gut es immer geschehen kann, aufrecht erhalten werde; und also derselbe eben dadurch, daß er sein Testament durch einen Rechtsverständigen fertigen läßt, nicht undeutlich zu erkennen giebet, daß alle die Clausuln, welche dem Testamente eine Gültigkeit geben können, beygefüget werden mögen x); anbey der ältere Iseband seinen Sohn weiter als auf die Jahre der Impubertät substituiren wollen, aus den Worten des Testamentes: Im Fall aber dieser sein Sohn in seinen unmündigen Jahren ohne

t) *l.* 41. §. 3. *D. de vulgari et pupillari substitutione l.* 29. §. 1. *D. qui testam. facere possunt. l.* 8. §. 1. *C. de codicillis.*

u) CARPZOV *P. III. Constit.* 8. *def.* 19.

x) WERNHER *in sel. obs. for. part.* 2. *obs.* 414.

ne eheliche Leibeserben, mit Tode abgehen wird -- ziemlichermassen erhellen will, da unter den unmündigen Jahren die Jahre der Minorennität verstanden werden y); und wenn auch das Wort, unmündig, annoch einigen Zweifel haben solte, dennoch der Beysatz: ohne eheliche Leibeserben, des Testirers Willensmeinung, und daß derselbe die Substitution auf die Jahre der Majorennität erstrecket haben wolte, zu erkennen zu geben scheinet, indem von einem impubere eheliche Leibeserben nicht wohl sich vermuthen lassen; bey welchen Umständen dann Implorat, als Erbe ab intestato, so wenig die gesamte Erbschafft als wenig die legitimam oder quartam Trebellianicam zu fodern berechtiget seyn dürfte, bevorab den Seitenverwandten, ausser den leiblichen Geschwistern des Verstorbenen, kein Pflichttheil gebühret z), auch die Trebellianica, weil der jüngere Iseband deren Abziehung niemalen begehret, vielmehr das väterliche Testament schlechterdings anerkannt hat, billig hinweg fält a); überdies, daß der jüngere Iseband noch eigenes, von seinen Vater nicht ererbtes, Vermögen verlassen habe, keinesweges dargethan ist; solchemnach, daß Implorat in petitorio eines obsieglichen Urtels sich nicht zu getrösten habe, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. die in dem Isebandischen Testamente enthaltene Substitution nicht blos auf des Testirers eigenes, sondern auch auf des Sohnes gesamtes Vermögen gerichtet, mithin offenbar eine pupillarische Substitution ist b); diese aber den Rechten nach, sogleich mit Antritt der Pubertäts Jahre, und also bey den Mannspersonen mit dem vierzehendem Jahre erlöschet c); welche gesetzliche Disposition um so billiger ist, als ein Vater seinen Kindern das Recht zu testiren nicht benehmen kann; und also derselbe den Kindern blos so lange, als sie selbst nicht zu testiren vermögen, pupillarisch zu substituiren berechtiget ist d); und dann der jüngere Iseband, nachdem er das sechzehende Jahr seines Alters zurück geleget, so wohl nach den Römischen, als dasigen Landesgesetzen sich selbst ein Testament machen können; folglich die von dem alten Isebanden geord-

y) Struve Erklärung unterschiedlicher teutschen Wörter, unter dem Worte Mündig.

z) *l. 27. C. de inofficioso testamento.*

a) *dum agnita ab herede voluntas sit adimplenda. L. 16. C. de testamentis.*

b) *est enim substitutio pupillaris institutio heredis a patre filio impuberi facta. pr. I. de pupill. pupillari substitut. L. 10. §. 5. D. de vulgari et pupill. substit.*

c) *§. 8. I. de pupill. substitut. L. 2. pr. et L. 14. D. de vulgari et pupill. substitutione.*

d) *pr. I. de pupill. substitut.*

geordnete pupillarische Substitution mit dem sechzehendem Jahre des eingesetzten Erbens ihre Kraft und Würkung verlohren hat; sowohl, in dem vorliegenden Falle, die dem Testamente beygefügte codicillarische Clausul den Imploranten zu keinen Behuff dienen kann, gestalten wann gleich derselben von einigen bewährten Rechtslehrern die Kraft zugeschrieben wird, daß sie die von dem Vater über die Jahre der Impubertät erstreckte pupillarische Substitution in eine fideicommissarische verwandeln könne, dennoch eines Theils diese Meinung dem l. 7. und 15 D. de vulgari et pupillari substitutione entgegen läuft, und derselben von andern eben so bewährten Rechtslehrern widersprochen wird e), andern Theils bey jener Meinung nothwendig zum voraus gesetzet werden muß, daß der Vater in dem Testamente sich deutlich erkläret habe, wie die Substitution auch auf die Jahre der Pubertät sich erstrecken solle f), dergleichen deutliche Verordnung aber in dem Isebandischen Testament keinesweges anzutreffen ist, angesehen die Substitution blos auf den Fall, da der Sohn in seinen unmündigen Jahren ohne Leibeserben mit Tode abgehen würde, geschehen ist; aus diesen Worten aber, daß der Testirer seinen Sohn die Macht zu testiren benommen, und die Substitution über die Jahre der Impubertät hinaus erstrecket haben wolle, sich mit Zuverläßigkeit nicht folgern läßt, da das Wort unmündig obschon es zuweilen in etwas weitläuftigern Verstand genommen wird, in rechtlichen Verstand gemeiniglich einen impuberem bedeutet, wie solches die Glosse des sächsischen Landrechts bey des erstern Buches 23ten Articul in den Worten: **wann aber die Kinder zu 14 Jahren kommen, so sind sie mündig nach Landesrecht**, ganz richtig bemercket, auch von verschiedenen Rechtslehrern des mehrern ausgeführet worden g), und in dieser Mase bey den Teutschen die Minderjährigkeit und Unmündigkeit von einander unterschieden werden, dergestalt, daß Minderjährige diejenigen sind, so noch nicht die Majorennität erreichet haben, Unmündige hingegen diejenigen genennet werden, welche vor sich gar nichts zu Recht beständig handeln und unternehmen können, und Falls auch einiger Zweifel darüber, in was für einen Verstande der Testirer das Wort, unmündig, gebraucht habe, obwalten sollte, dennoch dasselbe in der Mase erkläret werden muß, daß die

e) ANTON. FABER *coniecturar. lib.* 13. *cap.* 12. ALEX. TRINTACINQ. *de substitut. P. II. c.* 10. *num.* 10. MARANUS *paratitt. ad D. tit. de vulg. et pupill. subst. in fin.*

f) §. *fin. I. de pupill. substit.*

g) LEYSER *spec.* 362. *medit.* 5. SCHILTER *exercitat. XI. th.* 25.

die Erklärung den gemeinen klaren Rechten nicht entgegen laufet h); und also, da den Rechten nach, die pupillarische Substitution nur bis zu dem vierzehenden Jahre, oder nach den dasigen Landesgesetzen, bis zu dem sechzehenden Jahre gültig ist, die von dem Testirer gebrauchte Worte: Falls er in seinen unmündigen Jahren versterben sollte, von keiner andern Zeit, als resp. von vierzehendem und sechzehendem Jahre zu verstehen sind i); welche Meinung billig um so mehr anzunehmen ist, als ohnehin eine fideicommissarische Substitution nicht vermuthet wird k); hiernächst die Würkung der codicillarischen Clausul blos darinne bestehet, daß ein Testament in Fall es als ein zierliches nicht gelten kann, für ein Codicill angesehen werden muß l), keinesweges aber dieser Clausul die Würkung beygeleget werden mag, daß dadurch etwas, so die Worte des Testamentes nicht besagen, suppliret, oder dem Testirer eine Willensmeinung, welche aus dessen Worten deutlich nicht erhellet, beygemessen werden könnte; solchemnach, da aus den Worten des Isebandischen Testamentes, daß der Testirer seinen unmündigen Sohne weiter, als bis zu den Jahren der Pubertät substituiren, mithin ein Fideicommiß verordnen wollen, sich nicht ersehen läßt, die codicillarische Clausul unmöglich dem Testirer die Willensmeinung, als ob er ein Fideicommiß errichten wollen, andichten kann; nicht minder aus den Worten, im Fall er ohne eheliche Leibeserben mit Tode abgehen wird, eine fideicommissarische Substitution sich nicht folgern läßt, indem sothane Worte auch in Ansehung der pupillarischen Substitution Statt finden können, da an sich es nichts unmögliches ist, daß einer vor Zurücklegung des in den Landesgesetzen zur Pubertät bestimmten sechzehenden Jahres versterben und eheliche Leibeserben verlassen kann; übrigens alle Rechtslehrer darinnen einstimmig sind, daß die pupillarische Substitution, wann solche von dem Vater über die Jahre der Impubertät erstrecket worden, mithin nach erlangter Pubertät, als eine fideicomissarische Substitution angesehen wird, blos

 das

h) *in dubio enim interpretatio fieri debet secundum ius commune l. 91. D. de verb. oblig. et quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est l. 67. de reg. iur. illaque amplectanda est sententia, per quam ius commune seruatur illibatum et illaesum.* BÖHMER *decis. et respons. T. III. P. I. arg. 154. num. 95. ibiq. allegati autores.*

i) LEYSER *spec. 362. medit.* 4 und 5. HORN *consult. resp. et sentent. class. 7. resp. 6.*

k) *In dubio enim substitutio directa magis, quam fideicommissaria intelligitur; c. 1. de testamentis in 6to.*

l) *l. 8. §. 1. C. de codicillis. l. 1. D. eod.*

das von dem Vater ererbte Vermögen, keinesweges aber des Sohnes eigenes von der Mutter, oder sonst habendes Vermögen angehe; auch den gesetzlichen Erben des, nach erlangter Pubertät, verstorbenen Sohnes das Befugnis, den Pflichttheil so wohl, als den trebellianischen vierten Theil abzuziehen, allerdings zustehe, wie solches von dem für die codicillarische Clausul so sehr eingenommenen Carpzov P. III. constit. 8. def. 19. selbst behauptet, auch sothane Meinung aus dem c. 16. und 18. X. de testamentis begründet, und durch den eingeführten Gerichtsbrauch bestättiget wird m); über dis der Einwand, als ob die Seitenverwandten den Pflichttheil zu fordern nicht berechtiget, und der jüngere Jsebaud die trebellianische Quarte abzuziehen sich niemalen beyfallen lassen, um deshalb unerheblich ist, weil Implorat Maacke, als Erbe des verstorbenen Jsebands, in dessen Rechte eintritt, mithin eben so gut, als dieser, den Pflichttheil verlangen kann; sowohl der jüngere Jseband bey seinem Leben des trebellianischen vierten Theiles sich weder ausdrücklich begeben hat, noch dergleichen Entsagung, den Rechten nach, vermuthet werden kann: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß Heinrich Ludolph Maack, im petitorio eines obsieglichen Urtels sich zu getrösten habe. V. R. W.

XXIIII.

Rechtliches Gutachten

nach B** im April 1763.

Von der Beerbung eines Vaters und einer Mutter mit fünf Kindern, welche nebst noch zwoen Verwandten des Nachts durch den Rauch in einer Stube zugleich erstickt sind, ohne daß man wissen können, wer von ihnen zuerst oder zuletzt verstorben ist.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung, samt einer gerichtlichen Registratur sub A. und Eheberedung sub B. welche hierbey zurückgehen, n. e. Fr. z. u. d. u. Rb. g. w. d. s. w. v. R.

Hat

m) LEYSER *sp.* 405. *m.* I. SCHILTER *ad Pand. exerc.* 40. §. 22. PUFFENDORF *obseruat. iur. vniuersi, T.* II. *obs.* 82. HARPPRECHT *de iure deducendi duas quartas* BOEHMER *decis. et consult. T. III. P. III. arg.* 555. *n.* 27. *seq.*

Hat sich zu Berka, an der Werre gelegen, der betrübte Fall zugetragen, daß neun in einer Stube beysammen gelegene Personen, unter solchen aber Catharine Elisabethe verehlichte Leserin, mit ihren, in der ersten Ehe, mit Caspar Gliemen erzeugten fünf Kindern, sowohl jener Ehemann Benjamin Leser, in der Nacht vom 7ten bis 8ten Jenner des jetzigen Jahres, desgleichen zwo andere Verwandten, durch den Rauch erstickt und um das Leben gekommen, so, daß man dieselben des Morgens früh insgesammt todt gefunden, ohne wissen zu können, wer von ihnen zu erst oder zu letzt gestorben sey. Haben hiernächst die beyden verunglückten Eheleute bey ihrer Verehligung eine Eheberedung errichtet, in welcher unter andern Verordnungen, die Kinder erster Ehe ihres Vaters Nachlaß zum voraus erhalten sollen, dem Ehemanne hingegen 100 Thl. von des Eheweibes eigenthümlichen Vermögen ausgesetzet, nicht minder, daß der Erwerb beyden Eheleuten zufallen sollte, festgesetzet worden ist. Melden sich nun zu der verunglückten Catharinen Elisabethen Leserin und deren Kinder Nachlasse, als Intestaterben folgende Personen, nämlich, 1) von Seiten der Mutter, jetztgenannter Leserin, deren verstorbenen beyden Schwestern, der Wiedemannin nachgelassenen fünf Kinder und der Schillin hinterlassenes einziges Kind, desgleichen 2) von Seiten der fünf Kinder erster Ehe, der Vaters Bruder, Jacob Glieme, und entstehet daher die Frage:

Wie in gegenwärtigem Falle die Erbvertheilung, nach den sächsischen, besonders in Saxonia communi üblichen, Rechten vorzunehmen sey?

Ob nun wohl es scheinen dürfte, daß hierbey vor allen Dingen, die Frage, ob die Mutter, Catharine Elisabethe Leserin, oder aber deren fünf Kinder, zuerst Todes verfahren? zu erörtern, erforderlich sey, und dieses aus gewissen Gründen und Vermuthungen, welche von verschiedenen Rechtslehrern angeführet worden n), allerdings festgesetzet werden könne; hiernächst, wasmasen auf den Unterschied der Güter, und ob solche von dem Vater oder der Mutter herkommen, nach den sächsischen Rechten nicht zu sehen o), daher aber deren Absonderung auch

n) CARPZOV *par.* 3. *const.* 17. *def.* 10. 11. 12. et 13. STRYK *de success. ab intest. dissert.* X. *pag.* 4.

o) RICHTER *de success. ab intest. Sect.* 3 *membr.* 1. *num.* 103. *pag. m.* 311. STRYK *de success. ab intest. dissert.* 3. *cap.* 3. §. 9.

auch in gegenwärtigem Falle für unstathaft zu achten, mithin zu unterlassen sey, behauptet werden möchte; nicht minder, daß, vermöge jetztangezogener sächsischen Rechte, des Erblassers Bruders oder Schwester Kinder, des Vaters Bruder ausschliesen, angeführet werden möchte; endlich, Falls auch dieses nicht Statt finden sollte, dennoch, daß die Erbvertheilung nach den Stämmen, nicht aber nach den Köpfen eingerichtet werden müsse, den Rechten gemäß zu seyn scheinet, weil hier das Repräsentationsrecht Statt finde p); solchergestalt aber, daß entweder zuförderst, ob die Mutter, Catharine Elisabethe Leserin, ihre fünf ersterer Ehe mit Caspar Gliemen erzeugten Kinder, oder diese ihre Mutter überlebet haben, festzusetzen, oder aber, Falls dieses vor erforderlich nicht geachtet werden sollte, dennoch die, von der Mutter so wohl, als deren Kinder verstorbenen Vater herrührende Erbschaft, mit Ausschliessung deren Vaters Bruder unter der ersteren beyden Schwestern nachgelassenen Kinder, und zwar dergestalt, daß hiebey auf den Unterschied der Güter nicht zu sehen, zur Erbfolge und zwar nach den Stämmen in der Mase, daß die Erbschaftsmasse in zwey gleiche Theile zu setzen und von solcher die Wiedemannischen fünf Kinder einen Theil, hingegen, das Schillische Kind den zwoten Theil erhalten, zu überlassen wäre, dafür gehalten werden dürfte:

D. a. u. d. eines Theils in der Geschichtserzählung, daß die Leserin, vormalige Gliemin, und ihre fünf in erster Ehe erzeugten Kinder dergestalt, todt gefunden worden, daß man nicht sagen können, welches davon zuerst oder zuletzt gestorben sey, als ungezweifelt vorausgesetzet worden, auch daß, in Betracht der Beweiß des Umstandes, wer in gegenwärtigem Falle zuerst oder zuletzt verstorben, mit nicht geringen Schwierigkeiten verbunden q), die Erben sich wegen der Erbfolge an sich selbst, verglichen, und beyde Theile einander die Concurrenz zu der Succeßion einräumen, aus der gerichtlichen Registratur sub A. vom 10ten Jenner c. a. sich ergiebet; folgbar nicht sowohl darüber, welchen von den nächsten Anverwandten der Verunglückten das nächste Recht zur Erbfolge zustehen möchte, als vielmehr, wie und auf was Mase in gegenwärtigem Falle die Erbvertheilung unter den sich angegebenen Erben vorzunehmen sey, eine Rechtsbelehrung gebethen worden; mithin die Erörterung der Frage, welche von den verunglückten

p) *Lex enim magis fauet descendentibus, quam adscendentibus.* VAL. FORSTER. *de successab intest. lib. 8. cap. 9. num. 2.*

q) CARPZOV *par. 3. const. 17. def. 14.*

unglückten Personen vor den andern gestorben, oder den andern überlebet habe, vergeblich seyn würde; in Erwägung andern Theils, bey sothaner der Sache Beschaffenheit, der verstorbenen Catharinen Elisabethen Leserin Nachlaß, zu welchen auch die Hälfte dessen, was während deren mit Benjamin Lesern geführten kurzen Ehe, erworben worden, und die, Inhalts der Eheberedung sub B. im 40ten §. beyden Eheleuten zufallen sollen, ingleichen diejenigen 100 Rthl. welche die Leserin, nach deren 3ten §. ihrem Ehemanne zuzuwenden gemeinet gewesen, zu rechnen, den andern beyder verstorbenen Schwestern nachgelassenen Kindern, hingegen dasjenige, was die Gliemischen Kinder, vermöge jetzt angezogener Eheberedung §. 1. und des solcher beygefügten inuentarii, von ihrem Vater ererbet, deren verstorbenen Vaters Bruder zugefallen und gebühret, diesemnach die Absonderung der Leserin Nachlasses von dem, was den Gliemischen Kindern an väterlichen Erbe zuständig gewesen, unumgänglich erforderlich ist; ferner dritten Theils das Vorgeben, als ob die Bruders und Schwester Kinder des Vaters Bruder von der Erbfolge ausschliessen möchten, nicht nur, vermöge der gemeinen sächsischen Rechte, an sich ungegründet ist r), sondern auch um deswillen hier nicht angewendet werden mag, weil gegenwärtig nicht die Erbfolge einer einzigen Person, sondern zwey von einander ganz unterschiedene Erbschaften, nämlich der verstorbenen Leserin eigenthümliches Vermögen, sodann aber deren Kinder erster Ehe väterliches Erbe, in Frage kommen, und daß der verstorbenen Leserin nachgelassenen Schwester Kinder zu deren Nachlaß, hingegen der Gliemischen Kinder verstorbenen Vaters Bruder zu deren Verlassenschaft die nächsten Erben sind, ausser Zweifel beruhet; desgleichen vierten Theils die Geschwister Kinder, Falls dieselben allein, nicht aber zugleich mit des Erblassers annoch lebenden Geschwistern zur Erbfolge gelangen, die Verlassenschaft nicht nach dem Repräsentationsrecht, sondern nach den Köpfen, und dieses zwar nicht nur nach den römischen Rechten, sondern auch vermöge des Reichsgesetzes vom Jahr 1529, und der sächsischen Rechte s), unter sich vertheilen; diesem auch die in den Zweifelsgründen angeführten Stellen einiger Rechtslehrer, immas-

r) BERLICH *par.* 3. *conclus.* 24. *num.* 29. CARPZOV *par.* 3. *constit.* 18. *def.* 4. RICHTER *de success. ab intest. sect.* 3. *membr.* 1. *num.* 71.

s) *Nouell.* 118. *cap.* 3. *in fin.* RICHTER *de success. ab intest. sect.* 3. *membr.* 1. *num.* 66. STRYK *de success. ab intest. dissert.* 3. *cap.* 1. §. 8. *seq.* NEHRING *ius saxon. discrepans, par.* 3. *const.* 18. *def.* 30. *p.* 114.

immassen solche nicht von dem gegenwärtig in Frage kommenden, sondern von andern Fällen handeln, keinesweges entgegen stehen: So gehet demnach unsere in Rechten gegründete Meinung dahin, daß der verunglückten Catharinen Elisabethen Leserin Nachlaß, wenn solcher zuvor von ihrer Kindern erster Ehe von ihrem Vater herrührenden Vermögen, separiret worden, unter ihrer verstorbenen beyden Schwestern nachgelassenen sechs Kinder, und zwar nicht nach dem Repräsentationsrechte, oder den Stämmen, sondern nach Anzahl der Personen, mithin in sechs gleiche Theile zu vertheilen, dahingegen der Kinder erster Ehe väterliches Vermögen deren verstorbenen Vaters Bruder zu überlassen sey. V. R. W.

XXV.

Rechtliches Gutachten

nach E** im Februar 1771.

1. Eine Concubine gehöret auch mit unter die befleckten oder verächtlichen Personen, sie kann aber dem ungeachtet im Testamente zum Erben eingesetzt und des Testirers Geschwister Kinder darinne mit Stillschweigen übergangen werden, ohne daß letztere deshalb das Testament mit der *querela inofficiosi testamenti* anzufechten berrechtiget sind,

2. Wenn mehrere mit einander ein reciprocirliches Testament errichtet, so hindert dieses jedoch nicht, daß nachhero einer von ihnen alleine den andern mit Vermächtnissen sollte beschweren können, woferne vorhero durch einen Vertrag nicht ein anderes verabredet worden.

3. und 4. Wer behauptet, daß zwey Personen, welche als Eheleute mit einander gelebet, keine Ehelente wären, sondern mit einander in einem Concubinate gestanden, der muß solches beweisen, ohne daß er durch die aus den Kirchenbüchern beyder Theile ihres Geburts- und Wohnungsortes genommenen und beygebrachten Atteste, wodurch, daß sie an keinen derselben getrauet wären, bezeiget worden, den Beweis auf seinen Gegner wälzen kann.

5. Die Legatarien können wider die Erbens des Erbens, welcher die Erbschaft angetreten gehabt, die *actionem personalem ex testamento*

so ihrer Vermächtnisse halber anstellen und damit die *actionem hypothecariam* alternativisch verbinden.

6. Wenn Jemand böslich verhindert, daß der Verstorbene gewisse Vermächtniße nicht angeordnet, wie er doch zu thun ernstlich Willens gewesen, so können diejenigen, welchen dadurch geschadet worden, wider ihn die *actionem de dolo* anstellen und dadurch von ihm alles Interesse ersetzt verlangen.

7. Heutiges Tages braucht eine Weibesperson, woferne an einem Orte nicht ein anderes eingeführet worden, eben nicht unmittelbar von dem Landesherrn die Adoption, welche sie vornimt, bestätigen zu lassen, sondern es kann diese auch vor einer jeden Obrigkeit gültig vorgenommen werden.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung mit zwoen abschriftlichen Beylagen sub num. 1. und 2. nebst sieben Fragen z. u. d. u. R. B. g. w. d. f. w. v. R.

Hat der Churfürstlich Mäynzische Rath, Herr Heinrich Christoph Berns, mit seiner vorgeblichen Ehegattin, Lucia Seraphina Marsaubilla weil sie mit keinen Leibeserben versehen, am 30sten Julius 1767 ein testamentum reciprocum nach der Beylage sub 1. dergestalt, daß der überlebende Theil den verstorbenen gänzlich beerben solle, errichtet, und am 5ten August eben des Jahres gerichtlich insinuiret. Ist darauf, am 13den September 1770, gedachter Berns zuerst verstorben und folgenden Tages das vorhin angezogene Testament gehörig eröfnet worden. Hat, vermöge dieses Testamentes, gedachte Marsaubilla, mit gänzlicher Ausschliessung des Erblassers sieben Brüder und Schwester Kinder, ein Vermögen von mehr denn 100000 Rthl., worunter auch das Mann Lehn Rittergut Krannichborn begriffen, und wovon der angebliche Miterbe und des verstorbenen Bruders Sohn, August Zacharias Christoph Berns, die Mitbelehnschaft erlanget, an sich gebracht. Ist ihr nun aber von dem Erblasser, nach dem errichteten Testamente, dieses, daß sie einem jeden seiner Anverwandten von seinem Nachlaße 3000 Rthl. auszahlen solle, mündlich auferleget worden. Hat sie ihm auch darauf die Hand gegeben und mit den Worten: es soll nicht allein diese 3000 Rthl. sondern noch ein mehreres ein jeder deiner Bruder und Schwester Kinder, wenn ich dich überleben sollte, erhalten, denn dein Volk ist mein Volk, und deine Freunde sind, weil ich keine Freunde habe, meine Freunde; sich ihm

nicht nur verbindlich gemacht, sondern er hat auch selbst noch, in der Stunde seines Todes, von ihr, daß sie in Ansehung der Vermächtnisse seinen Willen erfüllen solle, begehret. Hat sie ihm dieses denn auch, auf die nämliche Art, wie vorhin gedacht worden, mit gegebener Hand zugesichert. Ist es nun auch geschehen, daß mehr erwähnte Marsaubilla, besage der Beylage sub num. 2, einen jungen Menschen, der sich ihr gefällig gemacht, Nahmens, Zacharias Heinrich Joseph Bollmann, laut ihrer den 2ten October 1770 errichteten Disposition, an Kindes Statt angenommen, und sodann diese Adoption auch am 5ten October eben des Jahres von der Churfürstlich Maynzischen Regierung, zu Erfurth, gerichtlich bestätigen lassen. Worauf sie, wenige Tage hernach, nämlich am 13ten October des 1770sten Jahres, ebenfals aus dieser Welt abgeschieden ist. Hat hierauf die ebengedachte Regierung dem an Kindes Statt von ihr angenommenen Bollmann nicht nur die Schriftsäßigkeit ertheilet, sondern ihn auch so fort in den Besitz der Erbschaft durch ein Decret manutenirt. Hat nun zwar die Marsaubilla die obberegten Vermächtnisse schriftlich aussetzen lassen wollen, allein es hat sie des adoptirten Sohnes leibliche Mutter, die Frau Cammerräthin Bollmannin, nicht nur hiervon, sondern auch so gar von dem Genuße des heiligen Abendmahls durch Verschluß und Verriegelung der Thüren und, zur Zeit ihres Todes, durch Abschaffung der Dienerschaft abgehalten. Es entstehen dahero folgende Fragen:

1) Ob der verstorbene Rath Berns mit der Lucia Seraphina Marsaubilla ein solches *testamentum reciprocum*, wodurch seine sieben Brüder und Schwester Kinder gänzlich ausgeschlossen worden, hat errichten können? oder, ob es nicht für null zu achten, und gänzlich zu caßiren?

2) Ob die zwischen den Rath Berns und der Marsaubille wegen der 3000 Rthlr., welche die leztere einem jeden seiner Bruders und Schwester Kinder nach seinem Tode auszahlen sollen, vorgefallene Worte, als solche, wodurch Vermächtnisse angeordnet werden, anzusehen, und auf was Art solche erwiesen werden müssen?

3) Ob, wenn man den Concubinat zwischen dem Rath Berns und der Marsaubille wahr machen wolle, dazu diese Bescheinigung, daß man aus den drey protestantischen Kirchen zu Paris, und aus den

den sieben Kirchen zu Erfurth Atteſtate beybrächte, aus welchen erhellete, daß sie in keiner derselben getrauet worden wären, alleine hinlänglich sey?

4) Ob nicht diese Bescheinigung wenigstens so viel würke, daß der adoptirte Bollmann, das Gegentheil ordentlich zu beweisen, über sich nehmen müsse?

5) Was für eine Klage die Bruder und Schwester Kinder des verstorbenen Rath Bernsens wider den adoptirten Bollmann anstellen können, und zu was Ende solches geschehen müsse?

6) Ob nicht die leibliche Mutter des adoptirten Bollmanns deswegen, daß sie die Marsaubille von dem schriftlichen Aufsatze der Vermächtnisse abgehalten, das Interesse zu prästiren, angehalten werden könne, und was deshalb für eine Klage von den Bernsischen Bruder und Schwester Kindern anzustellen ist?

7) Ob die von der Marsaubille geschehene Adoption zu Recht beständig?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, die Marsaubille, nach dem Anführen des Quärentens, mit dem verstorbenen Berns nicht in einer rechtmäßigen Ehe gelebet, sondern in einem Concubinate, massen dieselbe auch das Testament nicht als Ehefrau, nämlich Lucia Seraphina Bernsin, sondern blos mit den Nahmen Lucia Seraphina Marsaubilla, unterschrieben; eine Concubine aber unter die befleckten Menschen, oder, welche von verächtlicher Art sind, mit gehöret t), welche von dem Testirer seinen Geschwistern im Testamente ohne rechtmäßige Ursache nicht vorgezogen werden dürfen, sondern, wenn solches gleichwohl geschehen, die übergangenen Geschwister alsdenn das Testament querela inofficiosi testamenti anfechten können u); in dem von Bernsen errichteten Testamente aber nicht nur dessen sieben Bruder und Schwester Kinder gänzlich mit Stillschweigen übergangen worden sind; sondern auch der Testirer Berns, der zu seiner Universalerbin eingesetzten Marsaubilla, so gar sein Gut Krannichborn, wenn sie es anders für gut befände, zu verkauffen, zu ver-

 äusern,

t) LAUTERBACH in *colleg. pract. lib. 5. tit. 2. §. 22.*

u) *l. 27. C. de inoffic. testam. Nov. 22. cap. 47.*

äusern, oder einen von den Mitbelehnten zum Nachfolger zu erwählen; verstattet hat; mithin daß der verstorbene Rath Berns mit der Lucia Seraphina Marsaubilla ein solches testamentum reciprocum, wodurch seine sieben Bruder und Schwester Kinder gänzlich ausgeschlossen worden, nicht habe errichten können, sondern gedachte seine sieben Bruder und Schwester Kinder sothanes Testament, mittelst der querelae inofficiosi testamenti, umzustossen befugt wären, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. der Umstand, daß die Marsaubille des verstorbenen Berns rechtmäsige Ehefrau nicht, sondern dessen Concubine gewesen, aus demjenigen, daß sie das Testament nicht als eine verehligte Bernsin unterschrieben sich keinesweges veroffenbaret, zumal da in dem testamento reciproco enthalten ist, daß sie beyde, nämlich Berns und die Marsaubille, zeither in einer vollkommenen vergnügten Ehe gelebet, sie sich auch deshalb in diesem Testamente, zu wiederholten malen liebe Frau, lieber Mann, lieber Gemahl einander nennen; sodann wenn die Marsaubille auch würklich des Berns Concubine gewesen, sie jedoch gar wohl zur Universalerbin von ihm eingesetzt und seinen sieben Bruder und Schwester Kindern vorgezogen werden können, gestalten die Rechte ausdrücklich verordnen, daß, ausser den Brüdern und Schwestern, andere Verwandten, deshalb, daß ihm eine schändliche Person vorgezogen worden, das Testament auf keine Art anzufechten, berechtiget seyn sollen x); und dieserhalb auch den in entferntern Grad, als die Geschwister, stehenden Verwandten in den Rechten zugleich der Rath gegeben wird, daß sie besser handelten, wenn sie, das Testament mittelst der querelae inofficiosi testamenti anzufechten, sich keine vergeblichen Kosten machten, weil sie dabey obzusiegen sich keine Hofnung machen könnten y); dieserhalb nun auch die Rechtslehrer wohlgegründet dafür halten daß des Testirers verstorbenen Geschwister Kindern die querela inofficiosi testamenti deswegen, daß ihnen im Testamente eine unehrbare Person vorgezogen worden, nicht zuständig sey z); sodann der Umstand, daß Berns sein Gut Krannichborn der Marsaubille hinterlassen wollen, aus der Natur der Lehnsbeschaffenheit dieses Gutes, ob er darüber durch letzten

x) §. 1. *l. de inoffic. testam.* wo es heißt: Vltra fratres igitur et sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

y) *l. 1. D. de inoffic. testam.*

z) SCHOEPFFER in *synops. iur. rom. lib. 5. tit. 2. num. 47.* LAVTERBACH in *coll. pract. lib. 5. tit. 2. §. 21.*

letzten Willen disponiren können, beurtheilet werden muß; welche Natur aber Quadrent nicht mit angezeiget hat; diese Sache auch blos den Lehnherrn und die Mitbelehnten angehet, ohne daß übrigens deshalb das Testament für ungültig geachtet werden mag: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß der verstorbene Rath Berns mit der Lucia Seraphina Marsaubilla ein solches *testamentum reciprocum*, wodurch seine sieben Bruder und Schwester Kinder gänzlich ausgeschlossen worden, gar wohl hat errichten können, ohne daß selbiges deshalb für null zu achten und gänzlich zu caßiren sey.

Hingegen

Ob wohl die zweyte Frage betreffend, ein testamentum reciprocum, dem Ansehen nach, die Natur hat, daß, weil es durch beyderseitigen Willen errichtet worden, auch einer alleine solches nicht wiederum aufheben, und dem andern Theil, dem er einmahl sein ganzes Vermögen zugewendet, solches durch Vermächtnisse nachhero nicht verringern könne; mithin, daß, obgleich Berns, nach dem errichteten testamento reciproco, der Marsaubille, daß sie einem jeden seiner Anverwandten von seinem Nachlaße 3000 Rthl. auszahlen sollte, mündlich auferleget hat, hierdurch jedoch kein gültiges Vermächtniß angeordnet worden, und also, dieses Vermächtnisses wegen, Beweis zu führen, eine vergebliche Mühe sey, es scheinen möchte:

D. a. u. d. ein testamentum reciprocum nur darinne bestehet, daß von ihrer mehrern, die sich einander zum Erben einsetzen, zugleich ein jeder seinen letzten Willen errichtet; und also auch ein jeder, nach der Natur des letzten Willens, diesen, so lange er lebet, wiederum ändern und aufheben kann, wie ihm solches nur immer beliebet a), wofern nicht beyde Theile vermittelst Vertrages, daß keiner ohne Willen des andern, seinen Willen wiederum ändern solle, ausdrücklich einander versprochen haben b); dergleichen Vertrag aber bey dem dermaligen testamento reciproco nicht vorhanden ist; und, wenn selbiger auch vorhanden wäre, die Marsaubille jedoch selbst, als Berns ihr die qu. Vermächtnisse anbefohlen, selbiges zu erfüllen und noch ein mehreres zu

a) *l.* 19. *C. de testam.* STRYK in *caut. testam. cap.* 24. §. 20. seqq. LEYSER in *med. ad pand. spec.* 359. *med.* 3. *et* 4.

b) STRYK *l. c.* LEYSER in *med. ad pand. Vol.* XI. *pag.* 217.

zu thun, sich ihm zu wiederhohlten malen verbindlich gemacht hat; in solchem Falle aber, wenn der Testirer von seinem gegenwärtigen Erben verlanget, daß er nach seinem Tode von seinem Nachlaße jemanden etwas auszahlen soll, und solches hernach von dem Erben geläugnet werden sollte, derjenige, welchen der Testirer auf solche Art honoriret hat, dem Erben, woferne er solches durch Zeugen nicht darthun mag oder kann, darüber den Eyd zuzuschieben und es auf solche Art zu erweisen, selbst nach Vorschrift der Rechte, befugt ist c): So sind wir der in Rechten gegründeten Meinung, daß die zwischen dem Rath Berns und der Marsaubille wegen der 3000 Rthl., welche die letztere einem jeden seiner Bruder und Schwester Kinder nach seinem Tode auszahlen sollen, vorgefallenen Worte, als solche, wodurch gültige Vermächtnisse angeordnet worden, anzusehen, und daß selbige, woferne es an andern Beweismitteln fehlet, oder man sich sonst derselben zu bedienen Bedenken finden sollte, durch die Eydesdelation erwiesen werden müssen.

Ob wohl in Ansehung der driten und vierten Frage Quärent anführet, daß die Marsaubille die Stadt Paris zu ihrem Nationalorte gehabt, und der Rath Berns nicht nur zu Erfurth gebohren sey, auch zuletzt über zwölf Jahre da gewohnet habe; und also es scheinen möchte, daß, wenn aus den drey Protestantischen Kirchen zu Paris und aus den sieben Kirchen zu Erfurth Atteſtate beygebracht würden, aus welchen erhellete, daß Berns und die Marsaubille daselbst nicht getrauet worden wären, dieses ihren Concubinat sattsam bescheinigte, oder doch wenigstens so viel würkte, daß der adoptirte Bollmaun das Gegentheil, und also, daß beyde mit einander getrauet gewesen, ordentlich zu beweisen über sich nehmen müßte:

D. a. u. d. Berns und die Marsaubille, wie Quärent nicht zu läugnen scheinet, beständig als Eheleute mit einander gelebet, sich auch einander, wie aus dem testamento reciproco erhellet, den Nahmen Mann und Frau gegeben, und sie vermuthlich auch andere Leute dafür gehalten; wenigstens die Marsaubille, solchen Umständen nach, in dem Besitz des ehelichen Standes mit Bernsen sich befunden; und also daraus, zumal ohnehin Verbrechen, dergleichen auch der Concubinat ist, nicht ver-

c) §. *ult. I. de fideicomm. hered.*

vermuthet werden, die größte Wahrscheinlichkeit entstehet, daß sie mit einander copulirt gewesen; dergleichen Copulation auch zwischen Personen, die sich in der Fremde aufhalten, nicht selten, ja gemeiniglich nicht an ihrem Geburthsorte, sondern auswärts, wo sie sich eben befinden, zu geschehen pfleget; und von Bernsen Quärent selbst gedenket, daß selbiger zwar zu Erfurth gebohren sey, aber viele Jahre in der Welt herum geschweifet habe; und es also wahrscheinlich ist, daß er sich die Marsaubille in der Fremde hat antrauen lassen: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß, wenn man den Concubinat zwischen den Rath Berns und der Marsaubille wahr machen wolle, dazu diese Bescheinigung, daß man aus den drey protestantischen Kirchen zu Paris und aus den sieben Kirchen zu Erfurth Atteſtate beybrächte, aus welchen erhellete, daß sie in keiner derselben getrauet worden wären, weder alleine hinlänglich sey, noch auch so viel würke, daß der adoptirte Bollmann, das Gegentheil ordentlich zu beweisen, über sich nehmen müsse.

Ob wohl, die fünfte Frage zu beantworten, es das Ansehen gewinnen möchte, daß, weil des verstorbenen Rath Bernsens Bruder und Schwester Kinder seine nächsten Anverwandten sind, sie auch aus dem gesetzlichen Erbschaftsrechte die hereditatis petitionem wider den adoptirten Bollman, dahin, daß ihnen das alleinige Erbrecht an den Vermögen des verstorbenen Bernsens zuständig wäre, und dahero der adoptirte Bollmann, welcher sich dessen als vermeintlicher Erbe angemasset, solches nach einem zu Recht beständigen inuentario, oder, in Ermangelung dessen, einer eydlichen Specification cum omni causa abzutreten schuldig wäre:

D. a. u. d. der verstorbene Rath Berns nicht ohne Testament, sondern mit selbigem verstorben ist, und darinne die Marsaubille zur alleinigen Erbin eingesetzt, diese auch, nach dessen Tode, in dieser Qualität dessen Nachlasses sich angemasset hat; folgbar die Bruder und Schwester Kinder des Berns nicht als gesetzliche Erben das ganze Vermögen, so derselbe nachgelassen, und dermalen von dem adoptirten Bollmann besessen wird, von diesem durch die Erbschaftsklage heraus verlangen können; indessen der Rath Berns jedoch einem jeden seiner Bruder und Schwester Kinder 3000 Rthl. von seinem Nachlaße vermacht hat; zu dessen Auszahlung die Marsaubille dadurch, daß sie als seine Erbin

die Erbschaft angetreten, sothanen seinen Bruder und Schwester Kindern verbindlich geworden ist d); in diese Verbindlichkeit nun auch, nach ihrem Tode, ihr Erbe, nämlich der adoptirte Bollmann, getreten ist; den Legatarien aber, ihres Vermächtnisses halber, nicht nur die wider die Erben des Erbens Statt findende actio personalis ex testamento e), sondern auch, weil ihnen deswegen alle Güter des Testirers stillschweigend verpfändet sind, die actio hypothecaria dergestalt zustehet, daß sie diese beyden Klagen wider denjenigen, so ihnen zugleich persönlich verbunden ist, als wohin der Erbe gehöret, alternativisch mit einander dahin, daß ihnen der Beklagte entweder die Vermächtnißgelder, mit den Verzugszinsen ohne fernere Verweigerung abtrage, oder ihnen von den deshalb verpfändeten Sachen, zum Exempel, das Sterbehaus, zu ihrer Versicherung so lange, bis sie wegen ihres Vermächtnisses völlig befriediget worden, einzuräumen schuldig, vereinigen können f): So sind wir der in Rechten gegründeten Meinung, daß die Bruder und Schwester Kinder des verstorbenen Rath Bernsens wider den adoptirten Bollmann, ihrer Vermächtnisse wegen, nicht nur bloß die *actionem personalem*, sondern auch zugleich alternativisch die Hypothecarien-Klage, auf die gedachte Art anstellen können.

Ob wohl, bey der sechsten Frage, der Umstand, daß die leibliche Mutter des adoptirten Bollmanns die Marsaubille von dem schriftlichen Aussatze der Vermächtnisse abgehalten habe, um deswillen, weil obausgeführter Masen einem jeden von des verstorbenen Berns nachgelassenen Bruder- und Schwester Kindern das Vermächtniß der 3000 Rthl. schon so gebühret, unerheblich zu seyn, und also auch gedachten Legatarien deshalb keine Klage auf das Interesse zuzustehen scheinet:

D. a. u. d. in der obigen vorangesetzten Geschichtserzählung erwähnet worden, daß die Marsaubille, als ihr der Rath Berns die qu. Vermächtnisse aufgetragen, selbigem, daß nicht nur die 3000 Rthl. ein jeder seiner Bruder und Schwester Kinder erhalten, sondern selbige noch

d) §. 5. *I. de obs. quae quasi ex contr.* *l.* 5. §. 2. *D. de obl. et act.*

e) §. 1. *I. de perpet. et tempor. act.* Nob. de HAVER in *memor. action. par. I.* VOC. ACTIO EX TESTAM. *pag.* 264.

f) *l.* 1. *C. comm. de legat.* §. 2. *I. de legat.* BOEHMER *de act. sect.* 2. *cap.* 3. §. 72.

noch ein mehreres von ihr bekommen sollten, versprochen hat; folgbar es seyn kann, daß, als sie, der Vermächtnisse wegen, etwas schriftlich aussetzen lassen wollen, gedachten Bruder und Schwester Kindern noch ein mehreres, als jedem die 3000 Rthl., zuzuwenden Willens gewesen ist; im Fall sie nun davon eine gewisse Entschliessung geäusert, und die leibliche Mutter des adoptirten Bollmans sie davon böslicher Weise, zum Nachtheil gedachter Bruder und Schwester Kinder, abgehalten haben sollte, diesen alsdenn allerdings wider obenerwähnte leibliche Mutter des adoptirten Bollmans die actio de dolo dahin, daß sie ihnen allen dadurch entzogenen Vortheil und verursachten Schaden ersetze, zuständig seyn würde g): So haben wir die Rechtliche Meinung, daß die Bernsischen Bruder und Schwester Kinder, auf gedachten Fall, wider die leibliche Mutter des adoptirten Bollmanns deswegen, daß sie die Marsaubille von dem schriftlichen Aufsatze der Vermächtnisse abgehalten, die *actionem de dolo* auf die Leistung des Interesse gar wohl anzustellen berechtiget sind.

Ob wohl die siebende Frage betreffend, in den Rechten klar verordnet ist, daß, wenn eine Weibesperson eine Adoption vornehmen will, dieses nicht anders, als aus Verstattung des Fürstens, solle geschehen können; folgbar die Erlaubniß des Fürstens dazu nöthig ist, wenn die Adoption bestehen soll h); ungeachtet die Weibesperson dadurch keine väterliche Gewalt, sondern nur einen Trost wegen des kinderlosen Standes, und einen Erben an den Wahlkinde erlanget i); die von der Marsaubille geschehene Adoption aber nur von der Regierung zu Erfurth gerichtlich bestätiget worden ist; mithin, daß selbige zu Recht nicht beständig sey, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. die römische Verordnung, weshalb eine Weibesperson keine fremden Kinder an Kindes Statt soll annehmen können, darauf, weil sie sogar über ihre eheleiblichen Kinder keine väterliche Gewalt hat, die Adoption aber zur Erlangung einer väterlichen Gewalt geschiehet, sich lediglich gründet k); Justinianus aber selbst nach der Zeit die Erlangung der väterlichen Gewalt von der Adoption, wenn sie nicht von

 einem

g) *l.* 88. §. 4. *D. de legat.* II.

h) §. 10. *I.* *l.* 29. §. 3. *D.* *l.* 5. *C. de adoption.*

i) §. 3. *I. de hered. qual. et differ.*

k) *pr. et* §. 10. *I. de adopt.*

einem Ascendenden des Wahlkindes geschiehet, getrennet hat l); dahero nun auch ferner in den neuern Zeiten der Kayser Leo in der Nov. XXVII, allen, so wohl Manns als Weibspersonen, unter Bestätigung jedes Ortes Obrigkeit, ohne daß dazu die Käyserliche Einwilligung nöthig wäre, eine Adoption vorzunehmen, ausdrüklich verstattet hat; und ob zwar diese Leoninischen Novellen bey uns in Teutschland nicht eingeführet worden, dennoch die in gedachter Nov. XXVII. angeführten Gründe so beschaffen, daß selbige auf die Verfassung Teutschlandes schicklicher, als die, so wie gedacht, Justinianus bey der den Weibespersonen untersagten Adoption angegeben, anzuwenden sind; bevorab da bey uns auch eine Mutter ihre Kinder mit unter väterlicher Gewalt hat, und also nicht so wie bey den Römern, davon ausgeschlossen ist; die Bestätigung der Adoption auch nur in einer Handlung von freywilliger Gerichtsbarkeit bestehet, die sonst vor jeder Obrigkeit verrichtet werden kann m); hierzu nun auch bey der dermaligen Adoption besonders noch kommt, daß selbige von den Churfürstlich Maynzischen Stadthalter und Regierungsräthen, Nahmens des hochwürdigsten Fürstens und Herrns, Emerici Josephi, des heiligen Stuhls zu Maynz Erzbischoffen, des heiligen Römischen Reichs durch Germanien Erzcanzlers, und Churfürstens zu Worms geschehen ist: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die von der Marsaubille geschehene Adoption, woferne deshalb zu Erfurth nicht ein anderes eingeführet seyn sollte, zu Recht beständig sey.

Beylage Num. 2.

Adoptions-Urkunde

Des Hochwürdigsten Fürstens und Herrns

EMERICI IOSEPHI

des heiligen Stuhls zu Maynz Erzbischoffen, des heiligen Römischen Reichs durch Germanien Erzcanzlers, und Churfürstens, auch Bischoffen und Fürstens zu Worms rc.

Unsers gnädigsten Churfürstens und Herrns

Wir Sr. Churfürstlichen Gnaden anhero verordnete, Stadthalter und Regierungsräthe, fügen hiermit zu wissen, wasgestalten Uns die verwitthe-

l) *l. pen. C. de adopt.* §. 2. *l. de adopt.* *ad* verbum *magistratus.* §. 1. *l. de adopt.*
m) *l. 2. pr. D. de offic. procons* HOPP.

wittbete Räthin, Frau Lucie Seraphine Berns, geb. Marsaubilla mit mehreren zu vernehmen gegeben, wie sie in ihrem gegenwärtigen Wittbenstande sich wohl bedächtig entschlossen habe, zu ihrem künftigen Troste und Consolation den jungen Heinrich Zacharias Joseph Bollmann, den ältesten Herrn Sohn des allhiesigen Churfürstl. Maynzisch. Cammerraths, Herrn Siegfrieds Wilhelm Bollmanns, zu adoptiren und an Kindes Statt anzunehmen, weil sie aber Alters und Schwachheits halber vor Churfürstl. Regierung zu erscheinen nicht wohl im Stande sey, diesen actum solennem in ihrer Behausung vor einer des Endes anzuordnenden Regierungscommißion in bester Form Rechtens vollziehen zu lassen, darauf auch sothanen ihren Entschluß und Willen coram commissione würklich solenniter vollzogen habe, nachdem sie zuvor derselben solchen schriftlich mit eigenhändiger ihres Nahmens Unterschrift und beygedruckten Petschaft ad acta übergeben gehabt, in verbis:

Nachdem ich Endes unterschriebene Wittbe des wohlseeligen Churfürstl. Maynzisch. Raths, Herrn Heinrich Christoph Berns, keine Anverwandte und Kinder habe, Monsieur Zacharias Heinrich Joseph Bollmann aber sich zeithero gegen mich so, als wenn er mein leiblich Kind wäre, verhalten, und mir in allen willig, gehorsam und gefällig gewesen, ich auch gar keinen Zweifel hege, daß derselbe solchergestalt biß an mein erfolgtes seeliges Ende continuiren werde; so bin ich mit Gott entschlossen, solchen statt leiblichen Kindes anzunehmen, ja er soll von nun an sowohl bey meinem Leben, als nach meinem Tode, alle diejenigen Rechte, als ein von mir selbst gebohrner Sohn geniessen, auch sich von nun an Berns schreiben und benennen lassen; nach meinem Tode soll er in allen mir zustehenden Rechten succediren, und dafern ich bey meinen Leben nicht ein und das andere verordnen werde, so soll gedachter Bollmann, nunmehr Berns genannt, dereinst nach meinem Ableben, wegen meiner Verlassenschaft niemanden die geringste Rechenschaft zu ertheilen schuldig seyn, sondern solche, als ein gleichsam von mir leiblich gebohrner Sohn sich zueignen. Derselbe soll mir diesemnach mit Hand und Mund in Gegenwart der erbethenen Hochlöbl. Regierungscommißion, sich führohin als ein gehorsamer Sohn aufzuführen und meinen Willen als einer Mutter in allen Stücken zu befolgen, versprechen. Wie ich nun verhoffe, daß hochgedachte Commißion in diesen meinen wohlbedächtig und überlegten Willen keinen Anstand und Bedenken

äussern werden, so will Hochselbige gehorsamlich ersuchen, diesen actum zu confirmiren, und ad protocollum nehmen zu lassen, und die Abschrift meinem nunmehrigen Sohne, Zacharias Heinrich Joseph Berns, zu seiner Legitimation hochgeneigtest behändigen zu lassen.

Erfurth den 2ten Octobr. 1770.

(L. S.) Lucia Seraphina Berns geb. Marsaubilla.

Allermassen nun mehr gedachter Frau Räthin Berns, geb. Marsaubilla annoch an unserer solennen Confirmation dieser bereits feyerlichst vollzogenen Handlung gelegen, Wir auch bey der uns erstatteten commissarischen Relation, und, besage des darüber abgehaltenen Commißionsprotocolls, diesen vollbrachten actum adoptionis in allen Punkten, und erforderlichen requisitis denen Kayserl. allgemeinen Rechten gemäß erfunden: Als confirmiren und bestätigen Wir denselben hiermit und Krafft unserer Obrigkeitl. Autorität auf das feyerlichste, wollen auch, daß solcher allerdings für gültig und rechtsbeständig geachtet, und angesehen werde, so wie Wir denselben hiermit und in Kraft dieses dafür erkennen, achten, erklären und confirmiren. Und haben Wir solchemnach den jungen Zacharias Heinrich Joseph Berns, sonst Bollmann genannt, zu seiner Legitimation gegenwärtige Adoptionsurkunde unter Beydruckung des Churfürstl. Maynzisch. Regierungsinsiegels, ausfertigen lassen. So geschehen Erfurth den 5ten Octobr. 1770.

Churfürstl. Maynzisch. Stadthalter und Regierungsräthe.

(L. S.) C. W. Strecker.

Otto.

(L. S.) Copiam hanc cum Originali concordare testor. Erfordiae d. 11. Oct. 1770.

in Fidem.

Georg Melchior Gereon Otto.

Secretar. Regiminis.

XXVI.

XXVI.

Von der Erbvertheilung der Eltern unter ihren Kindern, besonders daß selbige, wenn sie mittelst eines Vertrages geschehen, aus dem Grunde, daß die Kinder noch unter väterlicher Gewalt gestanden, nicht widerruffen werden mag.

§. 1.

Die Erbvertheilung der Eltern unter ihre Kinder (diuisio parentum inter liberos) ist diejenige Handlung, da die Eltern allen ihren Kindern, welche sie dereinsten nach ihren Tode schon so ohne Testament beerben werden, gewisse Theile ihres Vermögens ohne alle Feyerlichkeit anweisen n). Diese Anweisung geschiehet entweder blos mit Worten, oder in der That, daß die Eltern den Kindern die Güter übergeben. Im ersten Falle ist es **eine verbal**, im andern Falle aber **eine real Erbvertheilung.**

§. 2.

Die verbal Erbvertheilung (§. 1.) kann so wohl mündlich als schriftlich unternommen werden. Geschiehet selbige mündlich, so brauchen nur zwey Zeugen gegenwärtig gewesen zu seyn, vor welchen der Erbvertheilende seinen Willen, wie er die Güter unter seine Kinder getheilt wissen wolle, zu erkennen gegeben hat o); hingegen geschiehet selbige schriftlich, so bestehet sie, wenn nur der Erbvertheilende die Schrift, worinne selbige enthalten, selbst geschrieben, ob er sie gleich nicht unterschrieben, oder, wenn sie ein anderer geschrieben, er selbige nur unterschrieben, oder daß, wenn er sie weder selbst geschrieben, noch unterschrieben, sondern von jemanden anders schreiben lassen, sie seine sämtlichen Kinder unterschrieben haben p).

§. 3.

n) *l. vlt. C. fam. ercisc.*

o) arg. *l.* 12. *D. de testib.* CARPZOV *part.* 3. *const.* 4. *def.* 22. *num.* 10.

p) *l. fin. C. fam. ercisc. Nov.* 18. *cap.* 7. *Nou.* 107. *cap.* 3. CARPZOV *part.* 3. *const.* 4. *def.* 22. HARTM. PISTOR. *part.* 1. *qu.* 2. *in fin.* SCHILTER *exerc.* 38. §. 131. WERNHER *part.* 9. *obs.* 207. CHRIST. WILDVOGEL in diss. *de diuisione parentum inter liberos. th.* en 22. I. 1710.

§. 3.

So wohl die verbal, als die real Erbvertheilung der Eltern unter ihre Kinder (§. 1.) kann geschehen entweder bloß in Kraft eines letzten Willens, oder in Kraft eines Vertrages. Ist das erste, so ist selbige widerruflich q), und es geschiehet durch diesen Widerruf des Erbvertheilenden an ihn ein Rückfall der getheilten Güter r). Hingegen ist das zweyte, so kann die Erbvertheilung ordentlicher Weise nicht widerruffen werden, weil die Kinder aus dem Vertrage bereits ein vollkommenes Recht, die Güter nach der gemachten Erbvertheilung zu verlangen oder zu behalten, überkommen haben. Soll hier ein Widerruf von Seiten des Erbvertheilenden Statt finden, so ist selbiger alsdenn nur zuläßig, wenn eine gerechte Ursache vorhanden ist, weshalb ein Vertrag, und besonders eine Schenkung angefochten werden kann. Denn durch dergleichen Erbvertheilung erhalten die Kinder dasjenige bey Lebzeiten ihres vertheilenden Vaters oder Mutters schon umsonst, was sie sonst ausserdem nach deren Tod erst zu erhalten Hofnung hatten, daß dieselbe gleichsam als eine zum voraus eingerichtete Erbfolge, welche ohne Testament geschiehet, angesehen werden kann s). Wäre also, zum Exempel, die Vertheilung unter gewissen Bedingnissen geschehen, und die Kinder nähmen Anstand selbige zu erfüllen, so könnte auch hier, in Betracht, daß dergleichen unter die Merkmale einer Undankbarkeit zu zählen t), widerrufen u), und sogar das geschenkte Gut von einem Dritten, welcher an dem Undanke Theil genommen, zurück verlanget werden x). Ausserdem aber, woferne nur ein blosser Auszug bedungen worden wäre, und dieser, versprochener Masen, gehörig nicht geliefert würde, so könnte bloß auf dessen Leistung geklaget, keinesweges aber die Vertheilung selbst widerruffen oder aufgehoben werden y).

§. 4.

Sollte es zweifelhaft seyn, ob diese Erbvertheilung in Kraft eines letzten Willens, oder Vertrages geschehen wäre (§. 3.), so ist das letztere,

q) *l. 20. §. 3. D. fam. ercisc.*

r) BERGER in *oecon. iur. lib. 2. tit. 4. §. 6. not. 9.* WERNHER in *select. obseruat. for. part. 1. obs. 5.*

s) *l. 21. et vlt. C. fam. ercisc.* STRYK *de caut. testam. cap. 10. §. 13.*

t) BERGER in *oec. iur. lib. 2. tit. 4. th. 29. not. 3* et *th. 30. not. 2.* STRUV *exerc. 40. th. 15.*

u) *l. fin. C. de reuocat. donat.* WERNHER *part. 2. obs. 45.*

x) WERNHER *part. 3. obs. 29.*

y) ENGAU in *decisionibus, part. 1. decis. 89. num. 4.*

tere, daß sie Vertragsweise geschehen, alsdenn zu vermuthen, wenn Eltern und Kinder das darüber verfertigte Instrument unterschrieben und die Uebergabe der Güter hinzugekommen z), desgleichen, wenn solche zugleich ein Erbvergleich genennt worden und die Uebergabe ebenfals erfolgt seyn sollte. Denn da giebt die Mitunterschrift der Kinder, oder das Wort Erbvergleich, und die hinzugekommene Uebergabe zu erkennen, daß die Erbvertheilung angenommen, und daß dieselbe nicht erst mit dem Absterben des Vertheilers ihre völlige Würkung erreichen sollen.

§. 5.

Endlich kann diese Erbvertheilung unter jeglicher Art Kinder, sie seyn männlichen oder weiblichen Geschlechtes, sie seyn noch unter väterlicher Gewalt oder nicht, sie seyn natürliche oder legitimirte oder adoptirte Kinder, vorgenommen werden a). Jedoch wenn dieselbe die Kraft eines Vertrages haben soll (§. 3.), so ist bey minderjährigen Kindern, wegen ihres noch nicht reifen Verstandes, deren Vormündere Einwilligung erforderlich; hingegen Kinder, welche schon zu ihren Jahren gelanget oder mündig geworden, können, ob sie gleich noch unter väterlicher Gewalt stehen sollten, mit ihrem Vater oder Mutter gültig darüber pacisciren, ohne daß der deshalb errichtete Erbvergleich von dem Vater, aus dem römischen Rechte, nach welchem der Vater mit seinem Sohne, der noch unter seiner väterlichen Gewalt stehet, für eine Person gehalten wird b), und deshalb mit ihm auf keine verbindliche Weise einen Vertrag errichten mag c), umgestossen und dieserhalb das durch die Erbvertheilung an den Sohn überlassene Gut wieder zurück gefordert werden kann d).

Rechts-

z) SCHAVMBVRG in *Digest. lib.* 29. *tit.* 1. §. 13. HARPRECHT *resp.* 67. *num.* 143. et 144. IDEM *de diuisione bonorum inter liberos a parente adhuc in viuis facta*, §. 10. BOEHMER *decis. et consult. tom.* II. *part.* 1. *decis.* 219. *num.* 22.

a) *l. fin. C. fam. ercisc. Nov.* 107. *cap.* 1.

b) *l. vlt. C. de impub. et al. substit.*

c) §. 6. *I. de inutil. stipul. l.* 2. *pr. C. de contrah. emt.*

d) THOMASIVS in diss. *de patria potestate*, *cap.* 1. §. 49. *cap.* 2. §. 10. *lit. t.* COLERVS *part.* 1. *decis.* 113. TITIVS in diss. *de contractibus patris et liberorum in potestate eius existentium* §. 63. Lips. 1713. in EIVSDEM *disput. iurid. pag.* 579. Add. IO. FLOR. RIVINI diss. *de emtione venditione patris et liberorum in potestate eius existentium* Lips. 1724.

Rechtsfall.

Ein Vater, Hanß Georg B**, hat drey Kinder, nämlich zwey annoch unter seiner väterlichen Gewalt stehende Söhne, Johann Elias und Johann David B** und eine verheyrathete Tochter, Anne Magdalene W**. Mit diesen, worunter der Johann Elias bereits 26 Jahr alt ist, begiebt er sich im Jahr 1760 in das Fürstliche Amt und schließt daselbst mit ihnen folgenden Erbvergleich. Nämlich er übergiebt seinen gedachten beyden Söhnen sein sämtliches Vermögen, an Mobilien und Immobilien, auch Moventien, dergestalt erb- und eigenthümlich, daß sie solches alles in zwey gleiche Theile bringen und damit als ihrem Eigenthum umgehen, jedoch vor alle und jede Schulden, die er auf sich habe, alleine und ohne Zuthun seiner Tochter, stehen, haften und solche bezahlen solten. Der Tochter setzt er gewisse Capitalien zu ihrer Erbportion aus, und sich selbst behält er, auf seine Lebenszeit, gewisse benannte Grundstücke zu nutzen und zu gebrauchen, nebst andern Stücken, als einen Auszug bevor. Und heißt es ferner in dem von dem Amte darüber ausgefertigtem Instrumente: Wann nun sämtliche obbenannte B** sche Kinder mit Consens ihres resp. Vormunds (welchen nämlich die Tochter bey sich gehabt) mit dieser väterlichen Erbvertheilung vollkommen zufrieden, die beyden Brüder auch versprochen, ihrem Vater, Hanß Georg B**, 1) die ausgezogene Grundstücke mit gehöriger und tüchtiger Arbeit ohnentgeltlich zu versehen, 2) - - -, übrigens aber von allen Interessenten die gerichtliche Confirmation dieses Erbvergleichs sich ausgebethen worden, sich auch dabey weiter kein Bedenken gefunden; als ist dem Gesuch deferirt und sothaner Erbvergleich unter meiner des Fürstlich Sächsischen Obervormundschaftlichen Hof- und Consistorialraths, auch dermaligen Amtmanns Unterschrift und vorgedruckten Fürstlichen Amtssiegel confirmiret worden.

Hierauf hat der Sohn Johann Elias B** noch zwey Jahr bey dem Vater im Hause gewohnet und dessen Brod genossen. Nach Verlauf dieser zwey Jahre aber verheyrathet er sich an Julianen Marien Z** und sondert sich, mittelst angestellter eigenen Haushaltung, von seinem Vater ab. Er zeuget mit dieser zwey Söhne und stirbt darauf im Jahre 1767. Es folgt ihm auch im Tode von diesen seinen zweyen Söhnen der eine, Nahmens Johann Samuel B**, gleichfals nach. Da denn dessen Mutter der Hälfte des Erbtheils, welche auf ihren Mann, bey

dessen

dessen Lebzeiten durch obgedachte Erbvertheilung gekommen, sich anmasset und wiederum mit einem andern eine Ehe errichtet.

Der alte noch lebende Hanß Georg B**, welcher darüber unzufrieden ist, daß seine Schwiegertochter sich wiederum verheyrathet hat, und daß nun die Hälfte seines Vermögens, so sein verstorbener Sohn durch die Erbvertheilung erhalten gehabt, in eines Fremden Hände kommen soll, steht in den Gedanken, daß die Hälfte dieser Güter mit seines Sohnes Tode auf ihn wieder zurück gefallen wäre. Er stellt zu dem Ende wider seine Schwiegertochter, Juliane Marie nunmehro wieder verehligte Z**, eine Klage an, worinne er diese Güter aus dem Grunde, weil eine Erbvertheilung die Natur eines letzten und also widerruflichen Willens hätte, wiederum zurück fordert.

Die Beklagtin setzt ihm die Einrede der ihm nicht zuständigen Klage entgegen.

Die Acten werden verschickt, und es erfolgt im November 1769 das

Urthel

Daß die Klage nicht Statt hat; jedoch werden die auf diesen Proceß verwandte Kosten, weil Kläger einige Scheingründe vor sich anzuführen gewußt, gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Kläger wendet die Leuterung wider dieses Urthel ein, und die Acten werden darauf anderweit versendet. Allein das vorige Urthel wird bestätiget, und Leuterant zugleich in die Unkosten des verzögerten Processes vertheilet.

Kläger versucht aufs neue durch eine darwider ergriffene Appellation sein Heil, und die Acten gelangen an den hiesigen Schöppenstuhl. Allein es wurde auch von selbigem im Februar 1771 nach W** folgender Masen confirmatorisch erkannt:

Appellationsurthel

Auf erhobene Appellation, deren Justification und erfolgte Submission zu den vorigen Acten Hanß Georg Bocks, Klägers und Appel-

lantens an einem, Julianen Marien Zennerin, gebohrne Zaubitzerin, Beklagtin und Appellantin am andern Theil, so Eure Herzogliche Durchlaucht i. d. d. u. vorhin ergangenen Acten, in 111 St, u. z. l., u. d. u. r. M. g. b. s. w. v. R.

Daß wenn auch die erhobene Appellation nicht desert und erloschen, nichts desto weniger in erster Instanz wohl gesprochen und übel appelliret. Derowegen diese Sache an den vorigen Richter billig remittiret wird. Es ist auch Appellant die Unkosten des abermals verzögerten Processes der Appellatin zu erstatten schuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Ob wohl, die Formalien der Appellation belangend, Appellant, juxt. fol. 53. Vol. act. II. binnen 10 Tagen die Appellation wider die fol. 50. eor. act. befindliche Sentenz ergriffen, und dieselbe darauf in dem dazu anberaumten Termine gehörig zu justificiren gesucht hat; und also die Appellation in ihren Formalien beständig zu seyn scheinet; sodann die Materialien derselben betreffend, Appellant zu deren Rechtfertigung für sich anführet, daß 1) eine väterliche Erbvertheilung unter den Kindern, dergleichen die dermalige, so fol. 11. Vol. act. I. zu befinden ist, als eine bloße Handlung eines väterlichen letzten Willens, welcher dahero zu aller Zeit von dem Vater widerruffen werden könnte, anzusehen seye); allenfals 2) dasjenige, was sein nachhero verstorbener Sohn, Johann Elias Bock, im Jahr 1760, als die Erbvertheilung geschehen, erhalten, als ein peculium profectitium zu betrachten wäre, weil derselbe damahls noch unter seiner väterlichen Gewalt gestanden, auch noch bis ins Jahr 1762 bey ihm im Hause gewohnt, und sein Brod genossen hätte; dergleichen peculium aber dem Vater völlig zu eigen zugehörte und dahero dem Sohne nur eine widerrufliche Verwaltung gebe f), dem auch 3) nicht entgegen stünde, daß er, Appellant, dem Sohne das Vermögen in der Erbvertheilung eigenthümlich überlassen, weil er eines Theils mit dem Sohne, da dieser, wie gedacht, noch unter seiner väterlichen Gewalt

e) *l. 20. §. 3 D. fam. ercisc.* BERGER in *oecon. iur. lib. 2. tit. 4. §. 6. not. 9.* WERNHER *part. 1. obs. 5.*

f) *§. 1. I. per quas person. cuique adquiritur.*

Gewalt gestanden, auf keine verbindliche Weise paciscirenkönnen g), und andern Theils ein jeder Vertrag sich stillschweigend unter der Clausul: rebus sic stantibus: verstünde; er, Appellant, nun zwar, Inhalts der Erbvertheilung, diese mit seinen Kindern vorgenommen, dabey aber nicht vermuthet hätte, daß sein Sohn Johann Elias Bock und dessen Sohn, sein, des Appellantens, Enkel, Johann Samuel Bock, vor ihm versterben, und das Vermögen noch bey seinem Leben in ganz fremde Hände, nämlich an die Beklagtin, seine ehemalige Schwiegertochter, und deren nunmehrigen zweyten Ehemann, von denen er in seinem Alter und kränklichen Umständen wenig Hülfe und Beystand hoffen könnte, gelangen würde; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte.

D. a. u. d. die Formalien der Appellation belangend, Appellant, nach dem eigenen Anführen des vorigen Richters fol. 1. b act. regim., die Aposteln nicht abgelöset, und deswegen die Appellation, zumahl Hochpreißliche Landesregierung dieselbe juxt. fol. 2. eor. act. nur in quantum juris angenommen und einen Termin zu deren Justification angesetzet hat, für desert und erloschen zu achten ist h), bevorab da Appellant den Umstand, womit er hierinne die Appellation rechtfertigen wollen, daß ihm nämlich, weil seine Armuth notorisch, die Aposteln umsonst ertheilet worden wären, mit nichts bescheiniget hat; sowohl, wenn auch die Appellation in ihren Formalien beständig, dennoch die Materialien derselben nicht so beschaffen sind, daß deshalb das vorige Urthel abzuändern gewesen, gestallten ad 1) die dermalige Erbvertheilung nicht blos in Kraft eines letzten Willens, wovon das angezogene Gesetz, und die Meinung der dabey gedachten Rechtslehrer zu verstehen, sondern in Kraft eines Vertrages errichtet worden ist, daß Appellant sein Vermögen seinen beyden Söhnen dergestalt übergeben, daß diese ihm, die sich ausgezogenen Grundstücke mit gehöriger und tüchtiger Arbeit ohnentgeltlich zu versehen, ihm die freye Wohnung im Hause auf seine Lebenszeit, bey welchem Sohne es ihm gefallen, zu lassen und die Scheune und Stall zum Gebrauch einzuräumen, ihn auch in Holz und Licht frey zu halten, und, nach seinem Ableben, auf ihre Kosten christlich und ehrlich zur Erden zu bestatten, und endlich ihrer Schwester, Annen Magdalenen Weyde-

 mannin

g) §. 6. *I. de inutil. stipul. l. 2. pr. C. de contr. emt.*

h) *Clement. 2. de appel.* RIVINUS *ad ord. proc. sax. tit.* 10. *en.* 11.

mannin die ausgesetzten 300. Mfl. auf die angegebenen Termine auch alle Schulden, sie mögen Nahmen haben, wie sie wollen, baar zu bezahlen, ausdrücklich versprochen, und man von Seiten des Fürstlichen Amts, diese Erbvertheilung als einen Erbvergleich gerichtlich bestätiget hat; dergleichen mittelst eines Vertrages geschehene Erbvertheilung aber, aus der Ursache, weil man einen Vertrag ordentlicher Weise nicht wiederum aufheben kann, und die Nähe der Verwandschafft, welche zwischen Eltern und Kindern vorhanden, noch einen stärkern Grund, eine desto grösere Treue hierbey unverletzt zu erhalten, an die Hand giebet, unwiderruflich ist i); sodann ad 2) das sämtliche Vermögen, welches Appellant durch die verglichene Erbvertheilung seinen Söhnen überlassen, eines Theils kein peculium profectitium ist, weil er solches denen Söhnen dergestalt erb- und eigenthümlich übergeben, daß sie damit als mit ihrem Eigenthum umzugehen die Macht haben sollten, und andern Theils, wenn es auch dergleichen wäre, wie es aber, dieser eigenthümlichen Ueberlassung nach, offenbar nicht ist, Appellant dasselbe jedoch zu der Zeit, als die Söhne, durch ihre eigene angestellte Haushaltung aus seiner väterlichen Gewalt herausgegangen, nicht zurück gefordert hat; wodurch den Rechten nach, ein so unwiderrufliches Eigenthum auf die Söhne übergegangen, daß dem Appellanten solches, nach der Zeit, durch seine Reue den Söhnen wiederum zu entziehen, nicht verstattet ist k); ferner ad 3) Appellantens verstorbener Sohn, Johann Elias Bock, weil die Erbvertheilung, juxt. fol. 22. b. vol. act. I. den 25ten October 1760. geschehen, und dieser Sohn, nach dem Kirchenattestat fol. 73. eor. act. bereits den 10ten December 1734. gebohren worden, schon 26. Jahr alt gewesen, mit ihm, Appellanten, als ein Sohn der schon längst, nach sächsischen Rechten, mit Zurücklegung des 21sten Jahres seines Alters, zu seiner Majorennität gelanget, gar wohl errichten mögen, eines Theils, weil die römische Lehre, nach welcher ein unter väterlicher Gewalt stehender Sohn mit seinem Vater um deswillen, weil er mit selbigem eine Person ausmacht, nicht pacisciren kann, in Teutschland sich nicht anwenden läßt, masen bey den Teutschen die väterliche Gewalt der Eltern über ihre Kinder nie von der Größe, daß die Kinder in dem Eigenthume des Vaters sich befunden, gewesen, woraus gleichwohl in dem römischen Rechte die Einheit der Personen zwischen den Vater und seinen unter väterlicher

i) SCHAUMB. in *digest. lib.* 29. *tit.* 1. §. 13.

k) *l.* 31. §. 2. *D. de donat. l.* 17. *C. de donat.*

terlicher Gewalt stehenden Kindern hergeleitet wird; folgbar, da der Grund, weshalb nach dem römischen Rechte, ein Vater mit seinem annoch unter väterlicher Gewalt stehenden Sohne nicht contrahiren kann, bey den Teutschen offenbar hinweg fällt, auch die Anwendung des römischen Rechtes selbst hierinne unbrauchbar wird, und dahero ein majorenner Sohn mit seinem Vater, unter dessen Gewalt er annoch stehet, gar wohl bey uns auf verbindliche Weise contrahiren kann l); hierzu auch andern Theils noch kommt, daß, wenn ein Vater mit seinem majorennen Sohne, der noch unter seiner väterlichen Gewalt stehet, in einen Vertrag sich einläßt, er ihn selbst hierdurch für eine zweyte Person hält, und wenigstens in Ansehung dieses Vertrages sich seiner väterlichen Gewalt begiebet m); ferner, wenn man einen Vertrag um deswillen, weil sich die Umstände der Sache gänzlich geändert, anfechten und zu dem Ende, daß sich der Vertrag stillschweigend unter der Clausul: rebus sic stantibus: verstünde, vorwenden will, es solche Umstände seyn müssen, die man sich nicht leicht zum voraus vorstellen können, sintemal man sonst selbst Schuld ist, daß man an solche Umstände nicht gedacht, und derentwegen den Vertrag unter bestimmtern Einschränkungen geschlossen hat; die Todesfälle aber, da Kinder vor den Eltern versterben, nicht selten sind; und, wenn daher Appellant gleich nicht vermuthet, daß sein Sohn vor ihm versterben würde, er solches sich doch leicht hätte vorstellen können, und sollen; folgbar er dadurch, daß er auf den Fall, da sein Sohn vor ihm versterben würde, den Rückfall seiner Güter sich nicht vorbehalten hat, selbst in Schuld ist, und, weil er dieser Vorbehaltung sich nicht bedienet, mehrgedachter Erbvergleich auch, weil ein jeder Vertrag, den daraus entstehenden Rechten und Verbindlichkeiten nach auf die Erben übergehet n), nicht bloß auf die Kinder, mit welchen Appellant denselben eingegangen, eingeschränket werden mag, sondern, indem sein Sohn, Johann Elias Bock, nachhero verstorben, das Recht aus diesem Erbvergleiche auf dessen Sohn, Appellantens Enkel, Johann Samuel Bocken, gebracht, und mit dieses seinem Tode auf dessen Mutter,

l) CARPZOV. *lib.* 6. *resp.* 118. *num.* 18. BERGER in *pos. ad pand. lib.* 1. *tit.* 6. *pos.* 1. *num.* i) HEINECC. in *elem. iur. germ. tom.* I. §. 143. ENGAV in *elem. iur. germ. lib.* I. *tit.* XI. §. 303. ibique RICCIVS in *specil. iur. germ.* SCHAVMBVRG. in *annot. ad* STRVVII *Iurispr. lib.* 2. *tit.* 10. §. 16. *not.* m).

m) CARPZ. *l. c.*

n) *l.* 7. §. 8. *D. de pact. l.* 13. *C. de contrah. stipul.*

ter, die dermalige Appellatin, nach Erbgangsrecht gekommen ist; Falls aber diese von ihrem verstorbenen Ehemanne in dem Erbvergleiche versprochenen Stücke nicht gehörig erfüllen sollte, Appellanten, deshalb Klage zu erheben, unbenommen bleibet; im übrigen, da Appellant schon in dem ersten Urthel von dem Ungrunde seiner Klage sattsam überführet worden, und Appellatin bey der von ihm, Appellantem, darwieder interponirten Leuterung zu den vorigen Acten, so wie auch dermalen, submittiret hat, ein gedoppelter Grund, weshalb er zugleich in die Unkosten des verzögerten Processes zu condemniren gewesen, vor Augen lieget; So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

XXVII.

Rechtliches Gutachten

nach L** im August 1763.

1. Von einem gültigen väterlichen Testamente, worinne die Kinder nicht zum Erben eingesetzet und selbigen ihr Pflichttheil nur von gewissen nach des Testirers Ableben übrig bleibenden Sachen angewiesen, ausserdem aber auch die Mutter mit eingemischet, und das Testament nicht selbst von dem Testirer bey den Gerichten niedergeleget worden ist.
2. Von einem auf die väterliche Nachlassenschaft bey Lebzeiten des Vaters ohne körperlichen Eyd von der Tochter geleisteten gültigen Verzichte.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung samt zweyen abschriftlichen testamentarischen Verordnungen und einer Ehestiftung, nebst zwey Fragen, zugeschicket, und darüber u. R. B. g. w. d. s. W. v. R.

Hat der weiland Königl. Großbritannische und Churfürstl. Braunschweig. Lüneburgische Geheimde Rath Phillip Adolph von Münchhausen unter seinen sieben Kindern erst und anderer Ehe und deren Mutter ein Testament und Disposition schriftlich aufgesetzt, und, wie er selbst in dem nachher wegen eben der Personen errichteten zweyten Testamente, wodurch das erstere einige Zusätze und Aenderungen erhalten, anzeiget, solches zu Hannover bey Königl. Justiz Canzley gegen einen Depositenschein niederlegen, sonst auch seine älteste Frau Tochter, bey ihrer ersten Verheyrathung an den weiland Cammerjunker von der Decken, auf die väterli-

che

che Verlassenschaft, nach mehrern Inhalt der mit überschickten Ehestiftung, Verzicht thun lassen. Wird also gefraget:

1) Ob diese testamentarische Verordnungen zu Recht beständig?

2) Ob die erwähnte Renunciation auf die väterliche Verlassenschaft für verbindlich zu halten?

Ob nun wohl, so viel die erste Frage betrift, kein Testament, wenn solches auch unter den Kindern errichtet wird, ohne Einsetzung des Erbens, als dessen wesentlichem Grunde, bestehet o), und den Kindern, da sie von dem ganzen Vermögen ihrer Eltern den Pflichttheil zu fordern berechtiget sind, selbigen nicht bloß von einem Theile desselben angewiesen p), vielweniger, wenn es als ein privilegirtes Testament gelten soll, eine fremde Person, ob sie gleich der Kinder Mutter wäre, mit eingemischt werden darf q); auch die Uebergabe bey gerichtlichen Testamenten, nach vieler Rechtslehrer Meinung, von dem Testirer selbst, und nicht durch einen Bevollmächtigten vorzunehmen ist r); mithin, da gegenwärtiger Testirer in seinen beyden letzten Willensverordnungen, die er selbst ein Testament nennet, auch seine Kinder nicht zum Erben eingesetzt, seinen vier Töchtern aber den Pflichttheil nur von gewissen nach seinem Ableben übrig bleibenden Capitalien und dem aus dem Verkaufe des silbernen Services u. s. w. zu lösenden Gelde angewiesen, ausserdem ihre Mutter mit eingemischt, und das Testament nicht selbst bey den Gerichten niedergelegt hat, daß die vorstehende Frage zu verneinen sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. die Eltern, wenn sie über ihr Vermögen unter ihren Kindern dissponiren wollen, solches eben nicht mittelst Einsetzung derselben zu ihren Erben vorzunehmen brauchen, sondern ihnen, vermöge der besondern Liebe, welche sie gegen ihre Kinder zu haben vermuthet werden

o) *Nov. 107. cap. 1.* vbi: *ad hoc uncias, in quibus scripsit eos heredes.* CARPZOV. *in iurispr. for. par. 3. const. 4. def. 21.* RICHTER *decis. 29. num. 23. et 45.* MEVIUS *par. 4. decis. 14.* PRUCKMANN *vol. 1. consil. 34. num. 12.*

p) *l. 32. l. 36. §. 1. C. de inoffic. test.* WERNHER *in obseru. for. tom. I. par. 1. obs. 185.*

q) *l. fin. C. fam. ercisc.* RICHTER *decis. 29. num. 87.* CARPZOV. *par. 3. const. 4. def. 19.*

r) ANT. FABER *in codice lib. 6. tit. 5. def. 20. num. 4.* CARPZOV. *par. 3. const. 3. def. 23. num. 7. seq.* WERNHER *tom. I. par. 4. obs. 64.* RICHTER *decis. 48.*

den s), auch ohne selbige denen Kindern gewisse Theile ihres Vermögens, bey Hintansetzung aller Solennitäten, anweisen zu können, dergestalt berechtiget sind t), daß auch die Theilung, obschon bey selbiger keine Gleichheit beobachtet worden, und ein oder das andere Kind seinen Pflichttheil nicht ganz ausgesetzt bekommen hätte, dem ungeachtet bestehet u), und nicht umgestossen, sondern das an dem Pflichttheile Mangelnde nur nachgefordert werden kann x); dieses auch Statt findet, wenn gleich eine fremde Person, zum Exempel, die Mutter, mit eingemischt worden wäre, sintemal hiedurch die Theilung nur in Ansehung dieser von keiner Würkung ist y), wofern selbige nicht vor zwey Zeugen gemacht worden, oder daß sonst eine völlige Gewißheit von dem Willen des Verstorbenen vorhanden ist, in welchem Falle auch dieser fremden Person das Ausgesetzte von den Kindern als ein Vermächtnis geleistet werden muß z); für dergleichen Vertheilung des väterlichen Nachlasses aber, und nicht für ein sonst so genanntes väterliches Testament unter den Kindern die gegenwärtige Verordnung des verstorbenen Herrn Geheimdenraths von Münchhausen zu halten ist, ohnerachtet er in selbiger das Wort Testament gebraucht hat, weil die Worte nach der Absicht des Redenden auszulegen sind a), und das Wort Testament überhaupt nur einen letzten Willen bedeutet b) auch sonst die Eltern deshalb selbst in den Gesetzen, wenn sie eine Vertheilung des Vermögens unter ihren Kindern vornehmen, testa-

s) *l. 22. §. vlt. D. ad leg. Iul. de adult. l. fin. C. de curat. fur.* BRVNNEMANN *ad l. vlt. num. 3. C. famil. ercisc.*

t) *l. vlt. C. fam. ercisc. Nov. 18. cap. 7.* et *Auth. si modo C. fam. ercisc.* CARPZOV *par. 3. const. 4. def. 22.* HORN *class. 7. resp. 37.* WERNHER *tom. 1. part. 5. obs. 236. eiusd. supplem.*

u) *l. fin. C. fam. ercisc.* RICHTER *ad auth. lib. 3. C. tit. 36. num. 25.* CARPZOV. *par. 3. const. 4. def. 22.* SCHAVMBVRG *in compend. iur. dig. lib. 29. tit. 1. §. 13.*

x) *arg. l. 30. C. de inoff. test.* STRYK *de caut. testam. cap. 10. §. 13.* WERNHER *tom. 1. par. 8. obs. 208.* WILDVOGEL *diss. de diuisione parentum inter liberos §. 7.*

y) *d. l. fin. C. fam. ercisc.*

z) *Nov. 107. cap. 1.* vbi: *si tamen aut vxori aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata aut fideicommissa, aut libertates, et haec propria scripta manu, dictaque a testatoribus coram testibus* cet. RICHTER *decis. 29. num. 88. 89.* CARPZOV. *par. 3. const. 4. def. 20.* WILDVOGEL *resp. 48. num. 15. et 16.*

a) *C. 6. et 15. X. de verbor. signif.* vbi: *intentio non verbis, sed verba intentioni seruire debent.*

b) *l. 15. D. de mort. caus. donat.* MENOCH *lib. 4. praes. 3. num. 7.* BERGER *in supplem. ad elect. disc. for. par. 1. tit. 45. supplem. 7. pag. 544.* LEYSER *spec. 351. med. 1.*

testatores genennet werden c); dahero denn der Herr Geheimderath, zumal da er sich des Zusatzes: und Disposition, bedienet, welche Benennung auch in den Gesetzen bey der väterlichen Theilung gebraucht wird d), wegen der unterlassenen Erbeinsetzung seiner Kinder, als welches wesentlich bey einer Vertheilung des väterlichen Nachlasses erforderlich ist e), füglich nichts anders, als eine diuisionem, nicht aber ein testamentum patris inter liberos darunter gemeinet haben kann; auch ausserdem, wegen der bey den letzten Willen der Eltern sich stillschweigend verstehenden codicillarischen Clausul, zu Erhaltung des väterlichen letzten Willens, für eine Theilung des Vermögens, so der Vater unter seinen Kindern vorgenommen, gehalten werden muß f); solchemnach auch dieses, daß ein Testament nicht durch einen Bevollmächtigten gerichtlich niedergeleget werden könne, nicht entgegen stehet, Theils, weil einige angesehene Rechtslehrer nicht unbillig zu behaupten suchen, daß, wenn Nahmens des Testirers das Testament von einem andern gerichtlich niedergeleget worden, dieses so lange für gültig zu halten sey, als man nicht dargegen den Verdacht eines dabey gespielten Betruges erweislich machen könne g), selbiger aber hier, da der Herr von Münchhausen der geschehenen Niederlegung in seiner zweyten Disposition selbst gedenket, und diese nebst der erstern auf allen Seiten eigenhändig unterschrieben, wohl schwerlich mögte dargethan werden können, Theils und fürnämlich, weil weder ein testamentum noch diuisio parentum inter liberos einer gerichtlichen Uebergabe bedarf, sondern, wenn es schriftlich aufgesetzet worden, schon dadurch, daß der Vater oder die Mutter selbiges geschrieben, oder unterschrieben, wie auch von dem gegenwärtigen Testirer geschehen, gültig ist h); auch dasjenige, so der Mutter in dieser väterlichen Disposition ausgesetzt worden ist, da es ihren Unterhalt in Witbenstande betrift, und ihr sonsten keine Ehestiftung gegeben worden, die Kinder gelten zu lassen um so mehr verbunden sind,

 als

c) *Nou.* 107. *cap.* 1.
d) *l. fin. C. fam. ercisc.*
e) LEYSER *spec.* 351. *med.* 2. SCHAUMBURG *in digest. lib.* 29. *tit.* 1. §. 13.
f) HARTMANN PISTOR. *par.* 4. *qu.* 9. *num.* 19. ANT. FABER *in codic. lib.* 6. *tit.* 5. *def.* 7. *num.* 4. CARPZOV *par.* 3. *const.* 4. *def.* 38. *num.* 8.
g) STRYK *de caut. testam. cap.* 8. LEYSER *spec.* 354. *med.* 4.
h) *l.* 21. §. 1. *Auth. quod sine C. de testam. l.* 26. *C. fam. ercisc. Nov.* 18. *cap.* 7. RICHTER *decis.* 29. *num.* 1-5. STRVV *in syntag. iur. ciu. exerc.* 32. §. 18. CARPZOV *par.* 1. *const.* 4. *def.* 17. SCHAUMBURG *in annot. ad* STRVVII *iurispr. rom. germ. for. lib.* 2. *tit.* 16. §. 9.

als unter Adelichen einer Witbe, nach den teutschen Gewohnheiten auch alsdenn, wenn sie dem Manne keine Mitgift zugebracht, ein Witthum zu entrichten ist i): So achten Wir in den Rechten gegründet zu seyn, daß diese testamentarische Verordnungen zu Recht beständig sind.

Die zweyte Frage anlangend, obwohl, nach dem römischen Rechte, sich niemand eines Lebenden künftiger Nachlassenschaft begeben kann k), und solches dahero, wenn es auch eydlich geschehen, von keiner Gültigkeit ist l), so gar daß, ohnerachtet durch Einführung des canonischen Rechtes in Teutschland die Erbschafts Verzichte, wenn sie mit einem Eyde bestärket sind, für verbindlich gehalten werden m), solche dennoch, wenn nicht der Eyd körperlich geleistet worden, nach vieler Rechtslehrer Meinung n), ob man schon die Eydesworte in das Instrument mit gebracht hätte, ungültig sind o); der in Frage gebrachte Verzicht der Tochter auf die väterliche Nachlassenschaft aber ohne körperlichen Eyd geschehen ist; mithin, daß selbiger für unverbindlich zu halten sey, es scheinen dörfte:

D. a. u. d. bey denen Teutschen die Verträge wegen künftiger Erbschaft, und dahero auch die Verzichte auf selbige von je her für zu Recht beständig gehalten worden, und noch heutiges Tages, zumal wenn man selbige vor dem Richter oder Zeugen gethan hat, ohne Eyd verbindlich sind p), woferne man, daß in einem Lande diese teutsche Gewohnheit durch das canonische Recht verdrungen und in selbigem die Erbschafts Verzichte anders nicht, als wenn sie mittelst körperlichen Eydes bestärket worden, für kräftig gehalten werden, nicht darthun kann q);

gegen

i) REINHARD *obseruat. ad Christinaei decisionum vol.* VI. *obs.* 25. PUFENDORF *in obseruat. iur. tom. I. obseruat.* 22. §. 4. *Dn.* de LUDEWIG *de dote mariti pag.* 18. *seq.* et *pag.* 24. Estor in der bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen, Theil *I.* §. 815. *Dn.* de SELCHOV *in elem. iur. germ.* §. 450.

k) *l.* 15 *et l. fin. C. de pactis.*

l) *l.* 5. *C. de legibus ibiq. Doct.*

m) *C.* 2. *de pactis in Sexto* GAIL *lib.* 2. *obs.* 39. *num.* 22. *et* 23.

n) HARTMANN PISTOR. *par.* 4. *qu.* 2, 3. 5. BARTH. de *dissensu in praxi*, 664. I.

o) LEYSER *spec.* 45. *med.* I. et 2.

p) Sächsisch Landr. *lib.* I. *art.* 13. CARPZOV *par.* 2. *const.* 35. *def.* 6. *num.* 6. 7. LYNKER *decis.* 1500. COLER *decis. germ.* 38. n. 2. MEVIUS *par.* 8. *decis.* 270. SCHILTER *exercit.* 8. §. 40. WERNHER *par.* 2. *obs.* 430. *et supplem.*

q) MEVIUS *par.* 3. *decis.* 270. STRYK *de successione ab intestato, diss.* 8. *cap.* 10. §. 23. Estor in der deutschen Rechtsgelahrheit, in zweitem Theile §. 3184.

gegenwärtige Verzichtshandlung der Tochter auch nicht so schlechthin, sondern mit vollkommener Einwilligung und Genehmigung ihres Bräutigams und eines dazu absonderlich erbethenen Beystandes, nachdem sie vorhero von denen ihr zustehenden Rechten und Wohlthaten hinlänglich unterrichtet worden, bey dem Worte der ewigen Wahrheit und so wahr ihr Gott helfen solle, durch Jesum Christum, geschehen ist; welches in dem Gewissen als ein wahrer Eyd verbindet r): So sind Wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß die in Frage gebrachte Renunciation der Tochter auf die väterliche Verlassenschaft, wofern nach dasigen Landesbrauch nicht ein eydlicher Verzicht erforderlich ist, für verbindlich zu halten sey. V. R. W.

XXVIII.

Rechtliches Gutachten

nach D** im März 1771.

1) Von einem ungültigen militarischen Testamente.
2) Von dem Orte, nach dessen Rechten ein ohne Testament verstorbener Soldat, in Ansehung seiner beweglichen Sachen, besonders seiner habenden so wohl hypothekarischen als blos handschriftlichen Schuldforderungen, zu beerben.
3) Von der in den mitternächtlichen Ländern Statt findenden ungleichen Erbfolge, vermöge welcher die Mannspersonen zwey Theile, die Frauenspersonen aber nur einen oder den dritten Theil von der Erbschaft bekommen.
4) Von der Erbfolge der Teutschen nach der Regul: das nächste Blut nimmt das Gut; besonders auch von dem, nach Dänischen Rechten, in der Succeßion der Seitenverwandten, sich über die Geschwister Kinder hinaus erstreckenden Eintrittsrechte.
5) Von den Gränzen der zwischen Manns- und Frauenspersonen vorhingedachten in den mitternächtlichen Ländern vorkommenden ungleichen Erbfolge, wenn diese vermöge des Eintrittsrechtes geschiehet.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung mit einem Stammbaume und einem projectirten Testamente, nebst fünf Fragen, zugeschicket u. d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Aa 3 Ist

r) STRYK *de cautelis iuramentorum*, *par.* 2. *sect.* 1. *cap.* 2. *num.* 24. *et* 25.

Ist Herr Gottwald Adolph von Nostitz, ein gebohrner Chursachse, in seiner Jugend in Königlich Dänische Kriegsdienste gegangen, und, nachdem er daselbst General Lieutenant und Gouverneur zu Glückstadt im Hollsteinischen geworden, auch viele Jahr in dasigen Diensten gestanden und sich beständig allda aufgehalten, im Jahr 1770 zu Glückstadt verstorben. Hat derselbe, ausser einen zu Glückstadt gelegenem Hause und andern Effecten, welche sich zusammen kaum auf 4000 Rthl. belauffen möchten, den größten Theil seines Vermögens von mehr als 21000 Rthl. an hypothekarischen und obligatorischen Activposten, worunter jedoch keine Lehnstammszinsen befindlich sind, im Chursächsischen hinterlassen. Ist dieses Geld, welches der verstorbene Herr General Lieutenant von Nostitz von seinem Vater, welcher ein Chursächsischer Vasall gewesen, ererbet, theils aus rückständigen Kaufgeldern, von allodial Rittergütern, theils aus Interessen, welche zu Capitalien gemacht worden, entstanden, und bestehet solches sämtlich aus solchem Gelde, so der Erblasser niemals aus Sachsen weg, an sich nach Dännemark genommen, viel weniger von Dännemark nach Sachsen verwendet hat. Haben zu diesem seinen Vermögen, nach seinem Tode, nachfolgende in dem beygelegten und in diesen Abriß

25 15 der Erblasser. 3 6 11

26 20 21 19 18 17 16 4 5 7 8 9 10 12

24. 23. 22. 13. 14.

gebrachten Stammbaume zugleich mit Zahlen angegebene Erben ab intestato sich gefunden, als num. 25. eine Schwester von num. 3, einem vorher verstorbenen Bruder; zwey Bruders Töchter num. 4 und 5; von num. 6, einem andern vorher verstorbenen Bruder, ein Sohn num. 7, so sich insgesammt in Chursachsen wesentlich aufhalten, und von die-

sem

frau num. 6, noch drey Töchter, deren zwey num. 8. und 10. sich zu Weimar, eine num. 9. aber, sich zu Carplath wesentlich aufhält; übrigens aber von einer vorhero verstorbenen Schwester num. 15, und Bruder num. 11, Kinder und Kindes Kinder vorhanden sind, davon die sub num. 16, 17, 18, 19, 20 und 24. in Chursachsen befindlich, num. 12 und 21. vorher verstorben, von num. 12. zwey Söhne num. 13 und 14, so beyde in Königl. Preusischen Kriegsdiensten stehen, num. 22. und 23 aber in Käyserlichen Kriegsdiensten und num. 26. in Altenburg sich aufhält. Hat nun, nach des Erblassers Ableben, der beygelegte Aufsatz eines letzten Willens, welchen der Verstorbene durch einen vertrauten Officier fertigen lassen, und welchen er, nach Ausweis des dabey befindlichen Attestats, gerichtlich übergeben wollen, daran aber durch seinen Tod verhindert worden ist, sich vorgefunden. Entstehen dahero folgende Fragen:

1) Ob ebengedachter Aufsatz eines letzten Willens als ein militarisches Testament, oder sonst auf eine Art bestehen könne?

2) Ob, wenn dieser letzte Wille zu Recht nicht bestehet, und also die *succeßio ab inteſtato* Statt findet, sothane Erbschafft ganz oder zum Theil nach Chursächsischen oder Dänischen und Hollsteinischen Rechten zu beurtheilen? und,

3) Ob bey der Theilung dieser Erbschaft nach Chursächsischen oder Dänischen und Hollsteinischen Rechten, ein Unterschied unter den Manns- und Weibspersonen zu machen?

4) Wer von denen in dem Stammbaume mit *num.* 25, 16, 17, 18, 19, 20, 26, 24, 23, 22, 14, 13, 10, 9, 8, 7, 5 und 4 bemerkten Personen zur Succeßion *ab inteſtato* zu lassen? und ob insonderheit auch die *ſub num.* 13, 14, 23 und 24. davon participiren? und wie folglich

5) Die Erbschaft unter sie zu vertheilen sey?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, das Testament eines Soldatens gar keiner Solennitäten bedarf s); und dahero gemeinen römischen Rechten nach, wenn derselbe solches schriftlich errichtet, es schon genug ist, daß man versichert ist, er habe solches selbst geschrieben, oder unter-

s) *l. 15. C. de teſtam. mil.*

unterschrieben, oder von Jemanden anders, dem er es in die Feder gesagt, schreiben lassen t); dermalen aber aus dem beygelegten Atteſtate des Philipp Christians von Bäse sich ergiebet, daß der verstorbene Herr General Lieutenant von Nostiz, ihm, Herrn von Bäse, die der Geschichtserzählung beygefügte Disposition, erstlich ihrem wahren Inhalte nach, in die Feder dictirt, nachhero aber durch den Königlichen Herrn Kriegesrath und geschwornen Regiments Auditeur Hinzpeter, welcher zugleich die Gouvernements oder Garnison Auditeur Dienste mit verrichtet, abschreiben und in Ordnung bringen lassen; auch dieses von eben gedachtem Regiments Auditeur verfertigte Instrument der Testirer nicht nur durchlesen, sondern auch damit friedlich gewesen; mithin, daß dieser Aufsatz eines letzten Willens als ein militarisches Testament zu Recht bestehe, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. in dem Attestate des Herrn von Bäse zugleich enthalten ist, daß der Herr General Lieutenant von Nostiz dem Herrn Kriegesrath und Regiments Auditeur Hintzpeter, nachdem sothane Disposition in ein Instrument gebracht worden, den Auftrag gethan, an den Herrn Generalauditeur Schmidt, wegen der Sorte des zu nehmenden gestempelten Papiers und einiger zu beobachtender Formalien zu schreiben, und, als hierauf die Antwort erfolget, der Testirer, ehestens hierinne die völlige Endschaft zu veranstalten, zwar Willens gewesen, ihn aber der Tod übereilet, daß solches nicht bewerkstelliget worden; folgbar es ungewiß ist, daß der Herr Generallieutenant es bey dem Aufsatze, welchen er erst vollends zur Endschaft zu bringen willens gewesen, habe unveränderlich lassen wollen, vielmehr, daß er anderes Sinnes gewesen, zu vermuthen stehet, weil er das darüber verfertigte Instrument, nachdem er es durchlesen gehabt, nicht einmal unterschrieben, gleichwohl er, Inhalts dieses Instruments, dasselbe in Gegenwart einiger hierzu erbethener Zeugen eigenhändig hat unterschreiben und besiegeln wollen, in solchem Falle aber, da man von dem ernstlichen letzten Willen eines Soldaten seines Testamentes nicht vergewissert ist, dasselbe nicht bestehet u); sowohl überdem die Soldaten nur alsdenn, wenn sie sich in einer Kriegesgefahr befinden, auf privilegirte Art ohne alle Solennien testiren können, ausser solcher Kriegesgefahr aber, dieselben, gleich andern, die keine Soldaten sind, die

t) *l. 40. pr. D. de testam. mil.* *de testam. milit.*
u) *§. 1. I. de milit. testam. l. 24. D.*

die sonst in den Rechten vorgeschriebene Testamentsform zu beobachten haben x); hingegen der Herr General Lieutenant von Nostitz, zur Zeit des Aufsatzes seines letzten Willens, sich in keiner Kriegesgefahr befunden; hiernächst auch dieser Aufsatz sich sonst als keine andere Art eines letzten Willens, zum Exempel, als ein Codicill oder Schenkung auf den Todesfall, rechtfertigen läßt, indem selbiger weder vor fünf Zeugen, noch mit einer Acceptation errichtet worden: So sind Wir der rechtlichen Meinung, **daß des Herrn General Lieutenants von Nostitz gedachter Aufsatz eines letzten Willens weder als ein militarisches Testament, noch sonst auf eine Art bestehen könne.**

Ob wohl die zweyte Frage betreffend, der verstorbene Herr General Lieutenant von Nostitz zu Glückstadt ein Haus nebst andern Effecten, in Chursachsen aber den größten Theil seines Vermögens von mehr als 21000 Rthl. an ausstehenden Schulden hinterlassen; sowohl überdem 2) ein Soldat alsdenn, wenn er in seinem Vaterlande nichts besitzet, daselbst, wo er dienet, seine Behausung zu haben scheinet y); hierinne nun aber 3) der Gegensatz, dem Anschein nach, lieget, daß ein Soldat, wenn er Vermögen in seinem Vaterlande hat, auch daselbst für wohnhaft zu achten, und also, nach seinem Tode, die Erbfolge zugleich nach den Rechten dieses seines Vaterlandes zu beurtheilen sey; bevorab 4) wenn der Umstand vorhanden seyn sollte, daß der Verstorbene seine Mobilien, oder ausstehenden Capitalien an dem auswärtigen Orte, oder in seinem Vaterlande, aus der Absicht, daß sie daselbst beständig verblieben, gelassen hätte, gestalten alsdenn hieraus zu schlüssen ist, daß er gewollt, es sollten selbige seiner sich anderswo aufhaltenden Person nicht folgen, und also den Rechten des Ortes, wo er selbige gelassen, unterwürfig seyn, daß derjenige, welcher, vermöge dieser Rechte, dereinsten, nach seinem Tode, der nächste dazu wäre, selbige erhielte z); in der vorangesetzten Geschichtserzählung aber angemerckt ist, daß der verstorbene Herr General Lieutenant von Nostitz den größten Theil seines Vermögens von mehr als 21000 Rthl. ausstehender Capitalien in Chursachsen dergestalt

x) §. 3. *I. de milit. testam. l. 17. C. de testam. milit.*

y) *l. 23. §. 1. D. ad municip.* Wo es ausdrücklich heißt: Miles ibi domicilium habere videtur, vbi meret, si nihil in patria possideat.

z) *l. 35. §. 3. D. de hered. instit. l. 32. in fin. D. de pignor.* MEVIUS *part. 5. decis. 165. not. 1.*

stalt hinterlassen, daß er selbige niemals aus Sachsen weg, nach Dännemarck an sich genommen; mithin daß von seiner Erbschaft das zu Glückstadt nebst andern Effecten hinterlassene Haus, nach Dänischen und Hollsteinischen Rechten, hingegen die in Chursachsen ausstehenden Schuldforderungen nach Chursächsischen Rechten zu beurtheilen wären, dafür gehalten werden möchte:

V. a. u. d. ad 1) der verstorbene Herr General Lieutenant von Nostitz viele Jahre in Königlich Dänischen Diensten gestanden und sich beständig zu Glückstadt aufgehalten, auch daselbst als Gouverneur gestanden und ein eigenes Haus besessen; und solchergestalt kein Zweifel ist, daß er daselbst seinen Wohnungsaufenthalt gehabt hat; in dem Fall aber, wie dermalen, da der Erblasser ohne einem gültigen Testamente verstorben, die gesetzliche Erbfolge nach den Rechten des Orts, wo er seinen Wohnsitz gehabt, beurtheilet werden muß a); dieses auch bey der Succession in die Mobilien von den Rechtslehrern dergestalt für allgemein behauptet wird, daß, wenn selbige gleich anderwärts, in einer andern Obrigkeit ihrem Gebiethe zu befinden, der Verstorbene selbige dem ungeachtet gleichsam an seinem Wohnungsorte bey sich gehabt zu haben, angenommen wird, und daher die Succession in die Mobilien nach den Rechten des Verstorbenen seines Wohnungsortes geschiehet b); unter die Mobilien aber auch die Schuldforderungen, der Aehnlichkeit nach, weil die Capitalien in Gelde, und also in beweglichen Sachen bestehen, zu rechnen sind c); und dahero dieselben, gleich den beweglichen Sachen, sie mögen sich befinden wo sie wollen, nach den Rechten und Statuten des Orts, wo der Verstorbene gewohnet, vererbfället werden d); dieses auch nicht hindert, daß solcher Schuldforderungen halber etwa Hypothecken mit unbeweglichen Gütern errichtet worden, gestallten dieselben nur zur Versicherung der Schuld hinzugekommen und daher die Schuld selbst

a) SCHVRFF. *conf.* 26. *num.* 1. *cent.* 2.

b) GAIL. *lib.* 2. *obf.* 124. *num.* 18. COLER *de proceff. exec. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 245. CARPZOV. *part.* 3. *conft.* 12. *def.* 13. STRVV. in *fynt. iur. ciu. exerc.* 38. *th.* 44. BERGER in *oecon. iur. lib.* 2. *tit.* 4. §. 46. *not.* 6. et in *refol. leg. obft.* in *comp.* LAVTERB. *lib.* 5. *tit.* 1. vocab. *mobilis. pag.* 117. STRYK in *tract. de fucceff. ab inteftat. diff.* 1. *cap.* 4. §. 3.

c) arg. *l.* 15. *D. de regul. iur.*

d) GAIL. *lib.* 2. *obf.* 124. *num.* 19. COLER. *de proc. execut. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 239. KOEPPEN. *decif.* 31. *num.* 18. CARPZOV. *part.* 3. *conft.* 12. *def.* 14. BERGER. in *oecon. iur. l. c.* STRYK. in *tract. de fucc. ab inteft. diff.* 1. *cap.* 4. §. 5.

selbst nicht ändern mögen e), sondern nur so viel würken, daß deshalb eine actio realis, nämlich die hypothecarische Klage auch an dem Orte, wo die verpfändeten Grundstücke gelegen, der Schulden halber angestellet werden kann; solchemnach nun auch in diesem Falle, wenn, der an fremden Orten ausstehenden Schulden wegen, Unterpfandsverschreibungen geschehen, dem ungeachtet auch die Succession in diese Capitalien, nach den Rechten und Statuten des Ortes, wo der Verstorbene seinen Wohnsitz gehabt, zu beurtheilen ist f); sodann ad 2) und 3) in dem angezogenen l. 23. §. 1. D. ad municip. nicht die Rede von der Beerbung, sondern von dem Gerichtsstande eines Soldatens ist, daß nämlich derselbe, wenn er in seinem Vaterlande nichts besitzet, derentwegen er daselbst aus einem dinglichen Rechte, es betreffe nun seine beweglichen oder unbeweglichen Sachen, zu belangen stehet g), jedoch in persönlichen Sachen vor seinen Kriegesgerichten, gleichsam als in seinem foro domicilii belanget werden könne h); und er nur alsdenn, wenn er vor angetretenen Kriegesdiensten in seinem Vaterlande seinen Haushalt nicht aus einer blos eine Zeitlang währenden Ursache eingerichtet gehabt, daselbst annoch so lange, bis er seinen stäten Wohnsitz anderwärts errichtet, für wohnhaft um deswillen geachtet wird, weil die Uebernahme der Kriegesdienste, welche er an auswärtigen Orten leistet, keine Handlung ist, wodurch er seinen vorigen Wohnsitz aufhebet, sondern wodurch er denselben nur einstweilen verläßt i); dermalen nun aber nicht von dem Gerichtsstande, sondern von der Beerbung des verstorbenen Herrn General Lieutenants von Nostitz die Rede ist; dieser auch, so viel aus der Geschichtserzählung abzunehmen stehet, nicht vorhero, ehe er in Königlich Dänische Dienste getreten, in Sachsen seinen Wohnsitz errichtet hat; welches jedoch, wenn dermalen darauf gesehen werden sollte, auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Art hätte geschehen müssen k), vielmehr, wie obgedacht, derselbe zu Glückstadt als Gouverneur gestanden und daselbst ein eigenes Haus besessen; sodann, allem Vermuthen nach, wie auch

e) *l. 28. D. de rebus cred.* LEYSER. *spec. 26. med. 2 et 3. pag. 266.*

f) HORN in *consult. et resp. class. 5. resp. 12. num. 1. pag. 281.*

g) *l. 38. in fin. D. de iudic. l. fin. C. ubi in rem act.* BERGER in *resol. leg. obst. lib. 5. tit. 1. voc. mobilis.* LUDOVICI im Kriegsproceß *cap. 3. §. 7.*

h) *l. 6. C. de iurisd.* LUDOV. *l. c. §. 5.*

i) STRUV. in *syntag. iur. civ. exerc. 9. th. 23. num. 3.*

k) *l. 239. §. 2. D. de verb. signif. l. 7. C. de incol.* COLER. *de proc. execut. part. 2. cap. 1. num. 34. seq.* LEYSER *spec. 72.*

auch der Erfolg gezeiget, daselbst seine Lebenszeit zu beschliessen, Willens gewesen ist, und er mithin an solchem Orte zu allererst, als ein in Königlich Dänischen Kriegesdiensten stehender hoher Officier, seinen Wohnsitz errichtet gehabt hat; hingegen ad 4) der Umstand, daß er die Capitalien in Sachsen aus der Absicht, daß sie daselbst beständig verbleiben sollten, gelassen habe, nicht vorhanden ist; sondern die Ursache, warum er solche nicht an sich genommen, aller Wahrscheinlichkeit nach, diese ist, daß er, weil sie daselbst sicher gestanden, nicht aufheben, und auch um deswillen stehen lassen wollen, damit er, wenn er allenfalls die Dänischen Kriegesdienste aufgäbe, sich sogleich nach Sachsen wenden und daselbst alsdenn von seinen eigenen Einkünften leben könnte; hiernächst bey Beerbung eines Soldatens nicht auf die Rechte der Stadt, wo er sich aufgehalten, oder sein Standquartier gehabt, sondern auf die gemeinen Rechte des ganzen Landes, so dem Fürsten, dem er zugehöret, zu sehen ist l); folgbar, obgleich der verstorbene Herr General Lieutenant von Nostitz, wie in der Geschichtserzählung erwähnet worden, den größten Theil seines Vermögens von mehr als 21000 Rthl. an hypothecarischen und obligatorischen Activschulden in Chursachsen hinterlassen, und selbige von da niemals weg nach Dännemark genommen, dennoch bey der Succession in selbige sowohl, als wie in sein übriges Vermögen auf die gemeinen Rechte des Königs von Dännemark, in dessen Diensten und Lande er seinen beständigen Aufenthalt gehabt hat, gesehen werden muß: So sind Wir der in den Rechten gegründeten Meinung, daß, weil des verstorbenen Herrn General Lieutenants von Nostitz sein Aufsatz eines letzten Willens zu Recht nicht bestehet, und also die *successio ab intestato* Statt findet, seine Erbschaft nicht nach Chursächsischen, sondern gänzlich nach Dänischen Rechten zu beurtheilen sey.

Ob wohl ferner, um die dritte Frage zu beantworten, in dem Dänischen Rechte lib. 5. cap. 2. das 29ste Gesetz, daß in Erbschaften die Mannsperson zwey Theile, die Weibsperson aber nur einen Theil, folgbar den dritten Theil der Erbschaft bekommen sollte, verordnet; dieses Gesetz aber auf das nächstvorhergehende 28ste Gesetz, in welchem von der Erbfolge der Kinder und Kindes Kinder die Rede ist, unmittelbar folget; und, daß dahero jenes 29ste Gesetz bloß von den Erben in absteigender Linie zu verstehen seyn möchte, es scheinen dürfte; auch der

l) BERGER. in *oec. iur. lib.* 2. *tit.* 4. §. 46. *not.* 6.

der ehemalige Helmstädtische Rechtslehrer FRANC. CAR. CONRADVS, oder vielmehr dessen Respondent und nunmehriger Syndicus der Reichsstadt Lübeck, IO. CAR. HENR. DREYER, in diss. de inaequali masculorum et foeminarum secundum jura Cimbrica successione §. 13. not. k) Helmst. 1744. der Meinung ist, daß diese ungleiche Erbfolge bey den Cimbriern, und also in Jütland, Schleßwig und Hollstein nur in Framarffe, das ist, in absteigender Linie, nicht aber in Gangarffe, das ist, in der aufsteigenden und Seitenlinie, beobachtet werde; mithin daß in dem dermaligen Erbschaftsfalle, in welchem, vermöge der Entscheidungsgründe der nächst vorherstehenden zweyten Frage, nicht nach Chursächsischen, sondern Dänischen Rechten succediret wird, und bey welchen blos Seitenverwandte die Erben sind, die in Frage stehende Erbschaft ohne gedachte Ungleichheit der Theile bey den Manns- und Weibespersonen zu vertheilen sey, es das Ansehen gewinnen will;

D. a. u. d. bey den Teutschen in den alten Zeiten überhaupt die Mannspersonen denen Weibespersonen in der Erbfolge vorgezogen wurden, daß die Söhne die Töchter, die Schwerdtmagen oder Agnaten die Spillmagen oder Cognaten von selbiger ausgeschlossen haben m); dieses aber nach der Zeit, und besonders nach Einführung des römischen Rechtes geändert, und besonders in den mitternächtlichen Ländern dahin, daß die Weibespersonen an dem Erbe zwar mit Theil haben, jedoch die Mannspersonen zwey Theile, sie, die Weibespersonen aber nur den dritten Theil davon mit bekommen sollten, eingeschränkt worden ist; masen das Jütische Low Buch lib. 1. cap. 5. §. 3. ausdrücklich ordnet: **Doch nimpt de Man stedes twe Deele, unde de Frouwespersone dat drüdde Deel**; und dieses Gesetz auch besonders in der Seitenlinie lib 1. cap. 4. §. 7. mit den Worten: **Vorth mehr, ervet de Broder de Süster, unde de Süster den Broder: Men de Broder nimpt twe Deele, unde die Süster dat drüdde Dell**: eben dergleichen ungleiche Erbtheilung klärlich zu erkennen giebet; daß auf solche Art nun auch wohl die aus den Dänischen Recht angezogne Stelle ausgelegt werden muß; so wohl der angezogne Herr Syndicus Dreyer, §. 16. not. b) pag. 61. cit. diss selbst gestehet, daß dieses Jütische Low Buch aus den Sitten der Vorfahren und dem lege Scania, worauf er sich zu Begründung seiner Meinung doch bezogen, und dem lege Sialandica fürnämlich gesammlet worden wäre: So

 sind

m) Siehe Estors teutsche Rechtsgelahrheit, *part. 2. §. 2994.*

sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß auch in dem dermaligen Erbschaftsfalle bey den Seitenverwandten gedachte ungleiche Vertheilung, nach welcher die Mannsperson zwey Theile, die Weibesperson aber einen Theil bekommt, zur Anwendung zu bringen sey.

Obwohl, bey Betrachtung der vierten Frage, die teutschen Völker ehedessen in der Erbfolge überhaupt die Regul, das nächste Blut nimt das Gut, beobachtet haben n); und daher in den ältesten Zeiten nicht einmal in absteigender Linie das Vertretungsrecht Statt gefunden, sondern die Kinder die Kindes Kinder, so wie solches auch noch nach dem Lübschen Recht lib. 2. tit. 2. art. 1. ist o), von der Erbfolge ausschlossen p); daß dahero die Enkel nur in dem Falle, wenn ihre Eltern bereits mit Tode abgegangen, der Großeltern nächste Erben wurden q); und ob gleich das Eintrittsrecht nachhero in absteigender Linie bekannt und besonders in den mitlern Zeiten, fürnämlich bey Erbstammgütern, gemeiner wurde, daß, wenn ein Sohn, ehe sein Vater ihn von dem Erbe abtheilte, verstarb, seine, des Sohnes, hinterlassene Kinder, an des verstorbenen Vaters oder dieser Kinder ihres Großvaters Erbe, gleich ihren Vettern', des Großvaters Brüdern, an ihres Vaters Statt, Theil nahmen r), dennoch in der Seitenlinie obige Regul beybehalten, und besonders bey den Sachsen, welche ihren ältesten Sitz in Hollstein gehabt s), und daß dahero von den Sitten des einen, auf die Sitten des andern wahrscheinlich zu schliessen, noch bis auf den heutigen Tag bey Allodialerbschaften das Sprüchwort: je näher dem Sipp, je näher dem Erbe: beobachtet wird, daß, wenn unter den Seitenverwandten, wie dermalen, ein Sterbefall sich ereignet, des Verstorbenen Geschwister, als die nächsten Erben, mit Ausschlüssung der von ihren ebenfalls verstorbenen Geschwistern hin-

n) TACITVS *de mor. germ. cap.* 20.

o) Siehe Steins gründliche Abhandlung des Lübschen Rechts *part.* 2. §. 270.

p) HEINECC. in *elem. iur. germ. tom. I. lib.* 2. *tit.* 9. §. 229. *et* 231. Senkenberg in den Anfangsgründen der teutschen Rechtsgelehrsamkeit *lib.* 4. *cap.* 1. §. 33.

q) GEBAVER *de iur. success. apud veter. germ. ad Taciti cap. XX.* Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern *III*te Abth. *num. II.* Seit. 253. *seqq.*

r) Sachsenspiegel *lib.* 1. *art.* 5.

s) IO. CAR. HEINR. DREYER de *vsu gen. iuris anglo-sax. pag.* 53. *lit. c. seqq.* IO. GVIL. GADENDAM in *historia iuris cimbrici speciatim schlesuicensis et holsatici. sect.* 2. §. 1. *pag.* 78. Kil. 1770.

hinterlassenen Kindern, die Erbschaft ganz alleine erhalten t); so wohl in der Schleßwig Hollsteinischen Landgerichtsordnung, welche zu Schleßwig 1701 zum vierten mal aufgelegt, und mit vielen Constitutionen und Edicten vermehret worden, auch part. IV. tit. XXX. eine Constitution vom Jahr 1649 anzutreffen ist, in welcher zum Eingange gedacht wird, daß, wenn sich vor diesem in der Seitenlinie Erbfälle begeben, das nächste Blut, und dahero die Brüder und Schwestern vor den Bruder und Schwester Kindern die Erbfolge gehabt, und vor denselben genommen; folgbar vor diesem in dem Schleswigischen Fürstenthum ebenfalls die zuvor gedachte teutsche Gewohnheit der Sachsen obgewaltet hat; und ob zwar in eben dieser Constitution vom Jahr 1649, nach Inhalt des Justinianeischen Rechtes Nou. 118. cap. 3, verordnet worden, daß hinführo, wenn ein Bruder oder Schwester ohne Leibeserben verstürbe, und Geschwister, desgleichen bereits verstorbener Geschwister Kinder hinterliesse, diese in ihrer abgelebten Eltern Stätte oder Stelle treten, und, Kraft des Repräsentationsrechtes, mit den Brüdern und Schwestern in die Stämme zu der Erbfolge in die erledigte Erbschaft, aller widrigen Gewohnheit ungehindert, gelassen werden sollten; diese aus dem Justinianeischen Recht genommene Verordnung jedoch aus eben demselben dahin, daß dieses Eintrittsrecht in der Seitenlinie nicht über die Geschwister Kinder, auf diese ihre Kinder zu erstrecken u), um so mehr einzuschränken ist, als, vorhin ausgeführter Masen, nach den teutschen Rechten und selbst ehedem in Schleßwigischen, nur nach der Nähe des Grades oder der Verwandschaft succedirt worden; mithin, daß von den in dem Stammbaum bemerkten Personen blos des Erblassers Schwester sub num. 25. oder höchstens mit dieser, vermöge des Eintrittsrechtes nur die mit num. 16. 17. 18. 19. 20. 26. ferner die mit num. 4. 5. desgleichen die mit num. 7. 8. 9. 10, nicht aber die mit num. 13. 14. und 22. 23. 24. bezeichneten Personen zur Succeßion ab intestato zu lassen wären, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. die zuvor gedachte Constitution vom Jahr 1649, nach welcher in der Seitenlinie des Erblassers Geschwister, nach den Häuptern, verstorbener Geschwister Kinder aber, nur vermöge des Eintrittsrechtes denselben beerben, blos den pro tempore respectiue Stadthaltern,

t) Sachsenspiegel *lib.* 1. *art.* 3. HERTIVS *de paroem. iur. lib.* 1. *paroem.* 83. STRYK in tract. *de success. ab intest. diss.* 3. *cap.* 3. §. 3. *seq.*

u) *Nov.* 118. *cap.* 3. verb. *Huiusmodi vero priuilegium*, cet.

tern, Landräthen, Stallern, Bürgermeistern und Rath in den Schleßwigischen Städten, wie nicht weniger allen andern in den Fürstenthum Schleßwig ober und unter Gerichten Beysitzern, daß sie in den vorfallenden Fällen sich in den abzuurtheilenden und zu entscheidenden Sachen darnach unnachläßig achten, vorgeschrieben und nur in diesem Fürstenthum Schleßwig öffentlich bekannt gemacht worden ist; folgbar dieselbe weder auf das Fürstenthum Hollstein, noch auf das Königreich Dännemark erstreckt werden mag; sondern der dermalige Erbschaftsfall, wie bereits bey der zweyten Frage dargethan worden, lediglich nach Dänischen Rechte beurtheilet werden muß; nach diesem aber, welches im Jahr 1683 bekant gemacht worden, und also ohnehin neuer ist, als jene Schleßwigische Constitution, nicht blos bey Geschwister Kindern, sondern auch bey dieser ihren Kindern das Repräsentationsrecht in der Seitenlinie dergestalt Statt findet, daß, wenn von des Erblassers Geschwistern etliche verstorben, alsdenn seine noch übrigen lebenden Geschwister und seiner bereits verstorbenen Geschwister Kinder, sie seyn Söhne oder Töchter, und, Falls von diesen seinen Geschwister Kindern welche verstorben wären, deren ihre noch am Leben seyende Kinder in der Mase, daß diese letztern so wohl, als jene Geschwister Kinder an ihrer Eltern Stelle träten, und dasjenige, so diese ihre Eltern, wenn sie noch lebend wären, bekommen haben würden, erhielten, zugelassen werden müssen x): So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß von den in dem Stammbaume bemerkten Personen nicht blos des Erblassers Schwester *sub num. 25*, sondern auch dessen von *num. 15.* ferner die von *num. 3.* und *num. 6.* abstammenden Geschwister Kinder *sub num.* 16. 17. 18. 19. 20. 26. 4. 5. 7. 8. 9. 10, desgleichen die von *num.* 12. und 21. abstammenden Geschwister Kindes Kinder *sub num.* 13. 14. 22. 23. 24. zur Succeßion *ab intestato* zu lassen sind.

Endlich, die fünfte Frage angehend, obwohl in den Endscheidungsgründen der dritten Frage dargethan worden, daß auch in dem dermaligen Erbschaftsfalle bey den Seitenverwandten die ungleiche Vertheilung, nach welcher die Mannsperson zwey Theile, die Weibsperson aber einen Theil bekommt, zur Anwendung zu bringen sey; und also, daß bey Vertheilung dieser von Nostitzischen Erbschafft von den männlichen

x) *Regis Christiani* V. *ius danicum, latine redditum ab Henrico Weghorst lib.* V. *cap.* 2. *lex* 37. *et* 39. Hafniae 1715.

chen Erben ein jeder gedoppelt so viel, als eine jede der weiblichen Erben bekommen müsse, es scheinen möchte:

D. a. u. d. der Erblasser zwey Schwestern sub num. 25. und 15. und drey Brüder sub num. 3. 6. und 11. gehabt, welche zur Zeit seines Ablebens bereits mit einander bis auf die Schwester sub num. 25. verstorben sind; nach dem Dänischen Rechte aber, wie in der nächst vorhergehenden vierten Frage dargethan worden, bey der Succession der Seitenverwandten die Kinder der verstorbenen Geschwister nur dasjenige erhalten, was diese Geschwister oder sothaner Kinder ihre Eltern, wenn selbige noch am Leben wären, bekommen haben würden; die Brüder oder Eltern männlichen Stammes aber, gedoppelte, und die Schwestern oder Eltern weiblichen Stammes nur einfache Theile, oder halb so viel als jene, nach den Entscheidungsgründen der dritten Frage, erhalten würden; folgbar, bey dermaliger Erbfolge, auf jeden Stamm so viel, daß ein jeder von den drey männlichen Stämmen einen gedoppelten, ein jeder von den zwey weiblichen Stämmen aber einen einfachen Theil erhalte, zu rechnen ist; sodann aber kein Grund vorhanden ist, weshalb ferner auch bey den Kindern der verstorbenen Geschwister Kinder ein Unterschied unter dem Geschlecht zu machen sey, vielmehr, daß solches nicht geschehen dürfe, sich daraus veroffenbaret, weil eines Theils sothaner Kinder ihr Erbtheil bereits, nach Verschiedenheit des Geschlechts ihrer Großeltern, entweder vergrössert oder verringert worden ist, andern Theils diese Ungleichheit der Erbfolge von Manns- und Weibespersonen als eine solche, welche von den gemeinen Rechten ganz und gar abweichet, eher eingeschränket, als erweitert werden muß: So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß die dermalige Erbschaft unter die in der Geschichtserzählung und der vierten Frage benannten Erben dergestalt zu vertheilen sey, daß von den vorhingedachten beyden einfachen Theilen des weiblichen Stammes der eine alleine auf *num.* 25, des Erblasses noch lebende Schwester, der andere einfache Theil aber auf *num.* 15., als des Erblassers bereits verstorbene Schwester dergestalt komme, daß selbiger wiederum in sieben gleiche Theile gebracht werde, und sechs Theile davon *num.* 16. 17. 18. 19. 20. und 26, als des Erblassers noch lebende Kinder seiner gedachten verstorbenen Schwester, den siebenden aber *num.* 21. als des Erblassers verstorbenen Schwester Tochter noch lebende drey Kinder *sub num.* 22. 23. und 24, zu gleicher Vertheilung erhalten, hingegen von den obgedachten

dachten dreyen gedoppelten Theilen der männlichen dreyen Stämme, der eine gedoppelte männliche Theil auf *num.* 3, als des Erblassers verstorbenen Bruders, beyde noch lebende zwey Töchter *sub num.* 4 und 5, zu gleicher Vertheilung, und gleichergestalt der zweyte gedoppelte männliche Theil auf *num.* 6, als des Erblassers verstorbenen Bruders noch lebende vier Kinder *sub num* 7. 8. 9. und 10 zu gleicher Vertheilung, endlich auch der dritte gedoppelte männliche Theil auf *num.* 11, als des Erblassers verstorbenen Bruders, und dieses mit *num.* 12 bemerkten verstorbenen Tochter beyde noch lebende Söhne *sub num.* 13 und 14. zu gleicher Vertheilung gebracht werde. V. R. W.

XXVIIII.

Rechtliches Gutachten

nach D** im April 1768.

Von einer fideicommissarischen Substitution.

1. Bey einer fideicommissarischen Substitution, da der Fideicommittent jemanden, der nicht sein Descendent, sondern ein anderer Anverwandter und wohl gar sein Bruder, oder ein Fremder ist, zum Fideicommißerben ernannt, und diesem einen Andern substituiret hat, gelanget der Substitut, nach dem Tode des Fideicommißerbens, zur Erbfolge, ob dieser gleich Kinder hinterlassen sollte.

2. Der Fideicommißerbe kann bey einer fideicommissarischen Substitution dem Substituten die wegen des Fideicommißgutes aus seinen Mitteln entrichteten Kosten, so weit selbige die Nutzungen des Gutes übersteigen, abkürzen.

3. Bey einer fideicommissarischen Substitution kann der fiduciarische Erbe den Trebellianischen vierten Theil dem Fideicommißerben abziehen, ob ihm gleich der Fideicommittent, die Erbschaft ganz oder völlig einem Andern abzutreten, auferleget haben sollte, und ist der Fideicommißerbe, wenn der fiduciarische Erbe sich dieses Abzuges zu seinen, des Fideicommißerbens, Besten begeben haben sollte, solchen vierten Theil seinen Substituten abzuziehen berechtiget.

4. Da-

4. Dadurch, daß der fiduciarische Erbe des Fideicommittentens Erbe ohne Errichtung eines *inventarii* geworden ist, hat er seine an dem Fideicommittenten gehabte Schuldforderung nicht verlohren, sondern diese kann er dem ungeachtet von dem Fideicommißerben bezahlt verlangen, so wie auch im Gegentheil der Fideicommißerbe von dem fiduciarischen Erben die Bezahlung der Schuld zu fordern befugt, womit der fiduciarische Erbe dem Fideicommittenten verhaftet gewesen ist.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst vier Fragen zugeschicket und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, d. s. w. v. R.

Hat die Hochgebohrne Frau, Johanne Henriette Louise Gräfin von Bestüchef Rumin, gebohrne von Carlowitz, am 26. August 1754 ein Testament verfertiget, und solches am 15. Februar 1755 dem Stadtrath zu Dreßden insinuiret. Hat dieselbe in diesem ihrem Testamente ihren Herrn Vater, den geheimen Rath, Herrn Hannß Georg von Carlowitz in dem Pflichttheil, ihren Herrn Gemahl, den Rußisch käyserlichen geheimen Rath und Oberhofmarschall, Herrn Michael Grafen von Bestüchef Rumin aber in allem ihren übrigen Vermögen zum Universalerben eingesetzet, jedoch, mit Beziehung auf dessen Erlaubniß, ihren Herrn Bruder, den damaligen Creyßhauptmann und dermaligen Cammerherrn, Herrn Hannß Adolph von Carlowitz, denselben dergestalt substituiret, daß selbiger nach tödlichen Hintritt ihres Gemahls, von demjenigen, was letzterer von ihr ererbet, sodann völliger Erbe seyn solle. Hat dieselbe auch ferner in sothanem ihrem Testamente zugleich verordnet, daß, nach diesem ihres Bruders Ableben, dasjenige, was ersterer von ihr ererbet, an den von Haugwitz aus dem Hause Dahnen, als ihres ersten Mannes Verwandten, mit der Bescheidenheit, nichts davon zu verringern, noch zu vermindern, sondern nur dasselbe, so lange er lebet, zu nutzen, fallen, nach dessen Ableben aber, alles an die Universität Leipzig kommen sollte. Hat nun aber auch der Herr Graf von Bestüchef, ehe er die Testatricin geheyrathet gehabt, derselben ein Capital von 20000 Rthl. Darlehnsweise vorgeschossen und ihr dieses Capital nachhero auf den Todesfall dergestalt gerichtlich geschenket, daß, wenn sie vor ihm versterben sollte, die Schenkung völlig erloschen und aufgehoben, mithin ihre Erben ihm das Capital der 20000 Rthl. nach der in Händen habenden Obligation, zu bezahlen schuldig und gehalten seyn sollten. Ist nun

nun aber selbst der Graf von Bestuchef ihr nachheriger Gemahl, nachdem sie vor ihm verstorben, und also sothane Schenkung wieder erloschen und aufgehoben, ihr Erbe geworden, und hat nach ihrem Tode die Erbschaft, wiewohl ohne Errichtung eines inventarii, zwar angetreten, jedoch dieselbe, noch bey seinem Lebzeiten, an der Testatricin Bruder, der ihm, wie gedacht, zum völligen Erben substituiret worden, wiederum abgetreten. Entstehen dahero folgende Fragen:

1) Ob nicht bey der dem Herrn Cammerherrn von Carlowitz, als leiblichen und einzigen Bruder der Testatricin, geordneten fideicommissarischen Substitution, wenn dergleichen wider Vermuthen im Testament befindlich zu seyn erachtet werden möchte, die Clausul: wenn er ohne Kinder versterben sollte: zu verstehen sey?

2) Ob der Herr Cammerherr von Carlowitz die während des letzten Krieges von den zur Erbschaft gehörigen Gütern erweislich prästirte feindliche Contribution, Naturallieferungen, Einquartierungskosten und andere Kriegesprästanda von der Erbschaftsmasse abzuziehen berechtiget?

3) Ob der Graf von Bestuchef Rumin die *quartam Trebellianicam* dem Cammerherrn von Carlowitz, rechtsbeständiger Weise abkürzen mögen, so daß dieser, bey allenfalsiger weiteren Restitution, und am Ende der von Haugwitz blos dasjenige, was nach Abzug der *quartae Trebellianicae* von der Erbschafft übrig bleibt, abzutreten schuldig sind?

4) Ob durch sothane Antretung der Erbschafft der Graf von Bestuchef seine an der Testatricin ehemals gehabte Forderung der 20000 Rthl. dergestalt verlohren, daß er oder dessen Erben, nach geschehener Restitution oder Cession seiner Gemahlin Erbschafft die 20000 Rthl. von dem Fideicommißerben nicht wieder bezahlt verlangen können?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, klaren Rechten nach alsdenn, wenn der Testirer einen seiner Descendenten, auf dem Fall, da er sterben würde, mit einem Fideicommiß beschweret, hiermit zugleich die Bedingung, wenn er, der Descendent ohne Kinder versterben sollte, stillschweigend verbunden ist, und die Gesetze dabey die natürliche Liebe,

Liebe, nach welcher man den Seinigen mehr, als Andern gönnet, zur Ursache anführen y); eben diese natürliche Liebe nun auch von Seiten der Testatricin gegen ihren leiblichen und einzigen Bruder, dem Cammerherrn von Carlowitz, vorhanden gewesen zu seyn scheinet, indem sie selbigem nicht nur schon bey ihrem Leben ihre Gerade um ein geringes verkauft, sondern ihn auch in ihrem Testamente, welches sie aus Gunst gegen ihre Anverwandten gemacht, zu wiederholten malen, ihren vielgeliebten Bruder nennet, auch ihn darinne zu ihrem völligen Erben einsetzet, den von Haugwitz aber ihm mit der Bescheidenheit, nichts davon zu verringern noch zu vermindern, sondern nur dasselbe so lange er lebet zu nutzen, substituiret hat; mithin, daß bey der dem Herrn Cammerherrn von Carlowitz als leiblichen und einzigen Bruder der Testatricin, geordneten fideicommissarischen Substitution, wenn dergleichen wider Vermuthen im Testamente befindlich zu seyn, erachtet werden möchte, die Clausul: wenn er ohne Kinder versterben sollte: zu verstehen sey, es das Ansehen haben dörfte:

Dennoch aber und dieweil alsdenn, wenn einer jemanden schlechthin auf den Fall, da er sterben würde, fideicommissarisch substituiret worden ist, diese Substitution auch für unbedingt gehalten werden muß; masen der Testirer, wenn er dieselbe unter einer Bedingung, verstanden wissen wollen, solches wohl angezeiget haben würde; solchem nach die Verordnung der Rechte, nach welcher mit der Disposition, da der Testirer einen seiner Descendeten, auf den Fall, da er sterben würde, mit einem Fideicommiß beschweret, zugleich die Bedingung, wenn er, der Descendent, ohne Kinder versterben sollte, stillschweigend verbunden angesehen werden soll, für sehr speciel und abweichend zu halten, und dahero nicht auf andere Fälle, ob schon eben der Gesetzesgrund dabey angetroffen werden sollte, anzuwenden ist, anerwogen, bey solchen singulären Verordnungen, der darinne ausgedrückte Fall nicht nach dem dabey angeführten Grunde zu erweitern, sondern dieser Grund vielmehr nach dem eingeschränkten Falle auch eingeschränkt zu verstehen ist; überdem die natürliche Liebe der Eltern gegen ihre Kinder von weit größerer Zärtlichkeit ist, als welche Geschwister gegen einander hegen; folgbar, daß in dermaligem Falle von Seiten der Testatricin gegen ihren leibli-

y) *l. 102. D. de condit. et demonstr. l. 30. C. de fideicomm.*

leiblichen und einzigen Bruder, den Cammerherrn von Carlowitz, eben die natürliche Liebe, welche in jenem Falle die Gesetze bey den Eltern gegen ihre Kinder annehmen, vorhanden gewesen, sich mit Zuverläßigkeit nicht behaupten läßt; dieserhalb nun auch die Rechtslehrer, daß die in den Zweifelsgründen angezogene Gesetze, durch ein ausgedehntes Argument, nicht auf Geschwister zu erstrecken wären, einhellig behaupten z): So sind wir auch des rechlichen Dafürhaltens, daß bey der dem Herrn Cammerhern von Carlowitz, als leiblichem und einzigem Bruder der Testatricin, geordneten fideicommissarischen Substiution, wenn dergleichen wider Vermuthen im Testamente befindlich zu seyn erachtet werden möchte, die Clausul: wenn er ohne Kinder versterben sollte: nicht zu verstehen sey.

Obwohl, die zwote Frage betreffend, ein fiduciarischer Erbe, nach angetretener Erbschaft, gleich als einem Eigenthumsherrn, alle Nutzungen der Erbschaft, wofern er solche zu restituiren nicht besonders von dem Testirer ist ersuchet worden, oder sich in einer Verzögerung, die Erbschaft abzutreten, befindet, sich zu seinem Gewinst zueignet a), und dieserhalb auch die auf Erbschaftsgüter gelegten Beschwerden und Abgaben zu entrichten verbunden ist b); mithin der Herr Cammerherr von Carlowitz die während des letzten Krieges von den zur Erbschafft gehörigen Gütern erweislich prästirte feindliche Contribution, Naturallieferungen, Einquartirungskosten und andere Kriegspräستanda von der Erbschaftsmasse abzukürzen berechtiget seyn dörfte:

Dennoch aber und dieweil der Cammerherr von Carlowitz als ein Fideicommißerbe, welchen die Testatricin ihrem Gemahl substituiret hat, anzusehen ist; dem Fideicommißerben aber die Güter nicht zu seinem Schaden, sondern zu seinem Vortheil hinterlassen geachtet werden, dergestalt, daß wenn die Nutzungen zu seinem Unterhalte nicht zureichen, er selbst von den Gütern so viel, als er dazu bedarf, zu veräusern berechtiget ist c); Quärent aber anführet, daß die Nutzungen der

z) MANTICA *de coniect. lib. 5. tit.* II. *n. 7. et lib. 20. tit. 8. n. 25.* BRUNNEMANN *ad l. 102. num. 3. D. de condit. et demonstration.* WERNHER *par. 1. obs. 39. num. 3.*

a) *l. 18. pr. et §. 2. D. ad Sct. Trebellian.*

b) *l. 7. §. 2. D. de vsufr. et quemadm.* KNIPPSCHILD *de fideicommissis, cap. 12. num. 44.*

c) *Auth. Contra cum rogatus. C. ad Sct. Trebell.* STRYK *de caut. testam. cap. 21. memb. 2. §. 18.*

der von der Testatricin hinterlassenen Güter kaum in den besten Friedenszeiten zu dem standesmäßigen Unterhalt eines Cavaliers hinreichend sind; folgbar dergleichen feindliche Contributionen und andere Kriegsprästationen, füglich ohne Minderung der Substanz von den Gütern nicht zu entrichten gewesen sind; und also dasjenige, was der Cammerherr von Carlowitz derentwegen aus seinen Mitteln entrichtet hat, als ein Aufwand, wodurch die Güter erhalten worden, anzusehen ist; dergleichen der Besitzer eines Fideicommisses, gleich einem Niesbraucher, der ebenfalls die unmäßigen, das ist, die Nutzungen übersteigenden Lasten und Abgiften nicht zu tragen braucht d), abzuziehen berechtiget ist e), So gehet unsere in Rechten gegründete Meinung dahin, **daß der Herr Cammerherr von Carlowitz die während des letzten Krieges von den zur Erbschaft gehörigen Gütern erweislich prästirten feindlichen Contributionen, Naturallieferungen, Einquartirungslasten und andere Kriegspräſtanda, in so weit als sie die Nutzungen der qu. Güter übersteigen von der Erbschaftsmasse abzuziehen wohl berechtiget sey.**

Obwohl, in Ansehung der driten Frage, der Cammerherr von Carlowitz der Testatricin Gemahl dergestalt und also, daß er, nach dieses seinen tödlichen Hintritte, von demjenigen, was ihr Gemahl von ihr ererbet, sodann völliger Erbe seyn solle, substituiret worden ist; er, der Cammerherr aber, wenn ihm die quarta Trebellianica von der Testatricin Gemahl, dem Grafen von Bestüchef Rumin, wäre abgezogen worden, die völlige Erbschaft nicht erlangt haben, und hierdurch seiner Substitution entgegen gehandelt seyn würde; mithin, daß der Graf von Bestüchef Rumin die quartam Trebellianicam dem Cammerherrn von Carlowitz rechtsbeständiger Weise nicht abkürzen mögen, und also dieser, bey allenfalsiger weitern Restitution, und am Ende der von Haugwitz nicht bloß dasjenige, was nach Abzug der quartae Trebellianicae, von der Erbschaft übrig bleibt, abzutreten schuldig sey, dafür gehalten werden möchte:

Dennoch aber und dieweil der eingesetzte Erbe, wenn er die Erbschaft nicht für sich behalten, sondern jemanden anders, der ihm zu dem Ende

d) STRUV *in iurispr. for. lib.* 2. *tit.* 8. §. 11. LEYSER *spec.* 106. *med.* 3.

e) *l.* 22. §. 3. *D. ad Sct. Trebell.* verbis: *sed et ipse, si quem sumtum fecit in res hereditarias, detrahet.* CARPZOV *lib.* 6. *resp.* 33. *n.* 9.

Ende substituiret worden, wiederum abtreten soll, so viel von der Erbschaft abziehen, und zurück behalten kann, als deren vierter Theil beträgt f); dieser vierte Theil, welcher die quarta Trebellianica genennet wird, auch nach dem Exempel der quartae Falcidiae eingeführet worden ist g), und dieserhalb der Testirer, wenn der eingesetzte Erbe selbige nicht bekommen soll, solche abzuziehen ausdrücklich verbiethen muß h); folgbar, wenn dasselbe nicht ausdrücklich geschehen, sondern der Testirer etwa geordnet, der Erbe soll die Erbschaft ganz oder völlig einem andern abtreten, dieses nur in der Mase, als er den Rechten nach dazu verbunden, nämlich, nach vorgängigem Abzuge der quartae Trebellianicae, zu verstehen ist i); mithin der Graf von Bestüchef Rumin die quartam Trebellianicam dem Cammerherrn von Carlowitz, ungeachtet daß ihm dieser zum völligen Erben substituiret worden, gar wohl abzuziehen berechtiget gewesen; selbiger aber dieses nicht gethan, sondern nach der Beylage sub D. sich deren, zum Besten des gedachten Cammerherrns, begeben, und diesem sein deshalb ihm zustehendes Recht, um solches nach Gutbefinden wider die andern Fideicommißerben, auszuüben, abgetreten hat; solchemnach, Falls der Cammerherr die Erbschaft weiter an den von Haugwitz restituiren sollte, er diesem die quartam Trebellianicam erst aus dem abgetretenem Rechte des Grafens von Bestüchef abzuziehen befugt, und dieser von Haugwitz nachhero weiter, als was nach Abzug dieser quartae Trebellianicae von der Erbschaft übrig bleibt, zu restituiren nicht verbunden ist k); So sind wir der rechtlichen Meinung, daß der Graf von Bestüchef Rumin die *quartam Trebellianicam* dem Cammerherrn von Carlowitz rechtsbeständiger Weise wohl abkürzen mögen, und da er dieses nicht gethan, sondern sich dessen zum Besten des Cammerherrns begeben, dieser bey allenfalsiger weitern Restitution, selbige dem von Haugwitz abzuziehen befugt, und dieser von Haugwitz am Ende bloß dasjenige, was nach Abzug der *quartae Trebellianicae* von der Erbschaft übrig bleibet, abzutreten schuldig sey.

Endlich obwohl, in Erwägung der vierten Frage, dadurch, daß ein Gläubiger seines Schuldners Erbe geworden, eine Vereinigung dieses

f) §. 7. *I. de fideic. hered.*

g) §. 5. *I. de fideicom. heredit.*

h) *Nov.* 1. *cap.* 2. §. 2.

i) STRVV *in iurispr. for. lib.* 2. *tit.* 25. §. 4. et *tit.* 26. §. 11. STRYK *de caut. testament. cap.* 21. *membr.* 1. §. 16.

k) *l.* 1. §. 19. *D. ad Sct. Trebell.* CARPZOV *part.* 3. *const.* 1. *def.* 14. STRVV *in iurispr. for. lib.* 2. *tit.* 26. §. 7.

dieses seiner Verbindlichkeit mit seinem des Gläubigers, Recht geschehen, und also durch diese Confusion l), weil niemand eines Dritten seine Schuld von sich selbst fordern mag, die Schuld erlöschet m); auch diese Confusion, gemeinen Rechten nach, nur dadurch, daß der Gläubiger seines Schuldners Erbschaft, mittelst Errichtung eines Inventariums antrit, so aber von dem Grafen von Bestúchef nicht geschehen, vermieden wird n); mithin, daß durch sothane Antretung der Erbschaft der Graf von Bestúchef seine an der Testatricin ehemals gehabte Forderung der 20000 Rthl. dergestalt verlohren, daß er oder dessen Erben, nach geschehener Restitution oder Cession seiner Gemahlin Erbschaft, die 20000 Rthl. von dem Fideicommißerben nicht wieder bezahlt verlangen können, dafür gehalten werden dürfte:

Dennoch aber und dieweil durch eine Confusion eine Schuld nur um deswillen aufgehoben wird, weil der Gläubiger, wenn er des Schuldners Erbe geworden, ordentlicher Weise niemanden hat, von dem er die Bezahlung der Schuld fordern kann; solchemnach durch die Confusion nicht so wohl das Recht des Gläubigers aufgehoben, als vielmehr dessen Ausübung nur verhindert wird; hingegen wenn ein Dritter vorhanden seyn sollte, an den die ganze Erbschaft oder etwas davon abgetreten werden soll, der Gläubiger dem ungeachtet, ob er gleich seines Schuldners Erbschaft, ohne ein Inventarium zu errichten, angetreten, erst seine Forderung abziehen oder von demselben bezahlt verlangen kann o); dieses auch bey Fideicommißgütern desto weniger Bedenken hat, weil bey selbigen der fiduciarische Erbe die Erbschaft auf immerwährend für sich zu behalten weder antrit, noch antreten kann, sondern dieselbe weiter an den Fideicommißerben aushändigen muß; folgbar die aus der von einem fiduciarischen Erben ohne Errichtung eines Inventariums unternommenen Antretung der Erbschaft entsprungene Confusion nicht auf immerwährend, sondern nur auf eine Zeitlang, nämlich bis zur Restitution geschiehet; wofür auch die von dem Grafen von Bestúchef an den Cammerherrn von Carlowitz geschehene Cession zu halten; mithin die Confusion sobald die Restitution geschiehet, wiederum ein Ende nimmt, und also der Gläubiger, der bishero sein Recht auszuüben verhindert worden, solches nunmehro wiederum ausüben zu können, in Stand gesetzet und

l) *l. 93. §. 2. D. de solut. et liberat.*

m) *l. 75. D. de solut. et liber.*

n) *l. 22. §. 4. et 9. C. de iure deliber.*

o) *l. 6. C. ad leg. Falcid. l. 2. §. 18. D. de hered. vel action. vendit.* TITIVS *in iure priuato lib. 5. cap. 16. §. 11.*

und auch den Gesetzen nach ihm verstattet wird p); so wie in Gegentheil der Fideicommißerbe, wenn der fiduciarische Erbe dem Testirer etwas schuldig gewesen, und die Erbschaft restituiret, auch die Bezahlung dieser Schuld von dem fiduciarischen Erben zu fordern berechtiget ist, und selbige durch die von diesem geschehene Antretung der Erbschaft und daher entstandene Confusion, nicht für aufgehoben geachtet wird q); dieserhalb auch dem Erben, der des Fideicommittententens Gläubiger ist, nach einhelliger Meinung der Rechtslehrer, die Schuld von dem Fideicommißgut abzuziehen, unverwehret ist, ob er gleich die Erbschaft ohne Errichtung eines Inventariums angetreten haben sollte r); sowohl die unterlassene Errichtung eines Inventariums in gegenwärtigem Falle, der zugleich nach den sächsischen Rechten zu beurtheilen, gar keinen Zweifel erregen mag, masen, nach sächsischen Rechten, der Erbe, oder der dessen Stelle vertritt, noch allemahl den Mangel des Inventariums durch Edirung einer von den Erbschaftsgütern errichteten eydlichen Specification ersetzen mag s): So achten wir in Rechten gegründet zu seyn, daß der Graf von Bestüchef durch die ohne Errichtung eines Inventariums von ihm, oder seinem Bevollmächtigten geschehene Antretung der von seiner verstorbenen Gemahlin ihm hinterlassene Erbschaft, seine an derselben ehemals gehabte Forderung der 20000 Rthl. nicht verlohren, sondern daß er oder dessen Erben, nach geschehener Restitution oder Ceßion seiner Gemahlin Erbschaft, die 20000 Rthl. von dem Fideicommißerben annoch wieder bezahlt verlangen können. Von Rechts wegen.

XXX.

p) *arg. leg.* 18. *D. de servitut. l.* 7. *D. de fundo dotal.*

q) *l.* 27. §. 11. *D. ad Sct. Trebell.*

r) KNIPPSCHILD *de fideicomm. cap.* 12. *n.* 128. et DOCTORES *ibi alleg.* BRUNNEMANN *ad l.* 7. *C. de pact. num.* 11. 12.

s) Sächs. Landr. *par.* 1. *tit.* 6. CONSTIT. ELECT. *Sax.* 33. *part.* III. *et ad hanc* CARPZOV *def.* 18. WERNHER *in sel. obs. for. par.* 2. *obs.* 493.

XXX.

Von der Zeit, zu welcher, den sächsischen Rechten nach, ein Erbe eine bereits angetretene Erbschaft annoch mittelst Edirung einer eydlichen Specification repudiiren kann.

§. 1.

Nach dem römischen Rechte kann der Erbe, wenn er vor Antretung der Erbschaft, nach der in dem l. vlt. §. 2. 3. C. de iure deliber. und der Nov. 1. cap. 2. §. 1. vorgeschriebenen Form, von seines Erblassers Nachlaße binnen dreyßig Tagen, von Zeit des ihm bekannt gewordenen Testaments oder Intestaterbanfalles, ein Inventarium zu verfertigen anfänget, und selbiges binnen sechzig Tagen, oder, bey einer Entlegenheit der Erbschaftsgüter, höchstens binnen einem Jahre, wenn er auch auf das weiteste von selbigen entfernet wäre, zu Ende bringet, sich jederzeit der Erbschaft wieder entschlagen, daß er den Erbschaftsgläubigern weiter nicht haftet, als so weit das von dem Verstorbenen nachgelassene Vermögen zu ihrer Befriedigung zureichet t). Er behält dadurch seine eigene an dem Verstorbenen gehabte Forderung u). Er ist auch berechtiget von demjenigen, was etwa, nach Befriedigung aller Erbschaftsgläubiger x), übrig bleibet, den Vermächtnißnehmern den Falcidischen Theil abzuziehen y).

§. 2.

Hingegen hat der Erbe die Erbschaft ohne Errichtung eines Inventariums angetreten, oder, daß er dieses erst nach geschehener Antretung errichtet, oder, daß er es vor angetretener Erbschaft zu errichten zwar angefangen, aber, ohne eine von der Obrigkeit erlangte Verlängerung z), erst nach der Antretung, vollendet hat, so kann er sich der Erbschaft nicht mit der Würkung entschlagen, daß er damit die Erbschaftsgläubiger nur in so weit, als das Vermögen des Verstorbe-

t) *l. vlt. §. 4. C. de iure delib. §. 5. I. de hered. qual. et differ.*

u) *l. vlt. §. 9. C. de iure deliber.*

x) *l. 1. §. 17. ad senatusc. Trebell. §. 1. I. de singul. reb. per fideic. rel.*

y) *l. vlt. §. 4. C. de iure delib.*

z) RICHTER *decis.* 59. *num.* 5. BERGER in *oecon. iur. lib.* 2. *tit.* 4. §. 50. *not.* 5.

storbenen zureicht, davon befriedigen wollte, sondern er muß, wenn es gleich nicht zulanget, selbige aus seinen eigenen Mitteln bezahlen a). Es wird auch durch diese ohne legale Errichtung eines Inventariums von dem Erben geschehene Antretung der Erbschaft in Ansehung seiner eigenen an dem Verstorbenen gehabten Forderung eine Confusion hervorgebracht b). Sollte es aber auch zureichen, und daß etwas, jedoch nach Abzug seiner eigenen an dem Verstorbenen gehabten Forderung c), übrig bliebe, so muß er dieses zur Entrichtung der von dem Verstorbenen geordneten Vermächtnisse anwenden, ohne daß er sich gegen die Legatarien des Falcidischen Abzugsrechtes bedienen kann d).

§. 3.

Allein in Sachsen hat der Erbe die Wahl, ob er ein Inventarium errichten, oder, Statt dessen, einer eydlichen Specification sich bedienen will, daß er nämlich die in der Erbschaft gefundenen Sachen in ein Privatverzeichniß bringet, und selbiges eydlich zu bestärken sich anerbiethet e). Welche eydliche Specification dergestalt an die Stelle eines Inventariums tritt, daß der Erbe, ob er gleich ohne Errichtung eines zu Recht beständigen Inventariums die Erbschaft bereits angetreten hat, dem ungeachtet mit eben der Würkung, als wenn er ein solennes Inventarium errichtet hätte, sich nach der Zeit der Erbschaft entschlagen kann und weiter den Erbschaftsgläubigern nicht haftet, als in soweit die eydlich specificirten Sachen, so er durch die Erbschaft überkommen, zu ihrer Befriedigung zureichen wollen, so daß er auch selbst davon seine eigene an dem Verstorbenen gehabte Forderung bezahlt verlangen kann (§. 1.) f).

§. 4.

a) *l. vlt. §. 14. C. de iure deliber.*

b) *l. 95. §. 2. D. de solut. l. 7. C. de pact.*

c) *l. 1. §. 17. D. ad Sct. Trebell. §. 1. I. de sing. reb. per fideic. relict.* MOLLENBEKIVS in *thes. iur. ciuil. lib. 18. tit. 8. num. 26.*

d) *l. vlt. §. 14. C. de iure deliber. Nov. 1. cap. 2. §. 2.* HVBER in *prael. ad Pand. lib. 28. tit. 13. §. 8.* BERGER ad LAVTERBACH, *lib. 28. tit. 13.*

e) Vermöge des Sächsischen Landrechtes *lib. 1.* Artik. 6. und der 33sten Chursächs. Constit. im 3ten Theile. RICHTER *decis. 60. num. 1* bis 5. CARPZOV *lib. 6. resp. 73.*

f) CARPZOV *part. 3. const. 14. def. 31. num. 9. seq.* und *part. 3. const. 33. def. 18.* und 19. STRVV in *synt. iur. ciu. exerc. 33. §. 57.* und 34. §. 33. und in *iurispr. for. lib. 2. tit. 23. §. 15.* HOPP in *vsu hodierno §. 5. I. de hered. qual. et differ.* RICH-

TER

§. 4.

Hierbey entstehet nun die Frage: wenn ehe der Erbe der angetretenen Erbschaft mittelst Edirung einer eydlichen Specification sich wiederum begeben und hierdurch von den Würkungen eines nicht verfertigten Inventariums (§. 2.) sich befreyen könne? Ich antworte, selbiges kann zu jederzeit geschehen, sobald der Erbe, wegen seines bey der Erbschaft wahrnehmenden mehrern Schadens als Vortheils, sich selbiger wiederum zu begeben, den Entschluß fassen sollte. Denn die eydliche Specification tritt an die Stelle des solennen Inventariums (§. 3.) bey diesem kann sich der Erbe, weil die Gesetze keine Einschränkung der Zeit gemacht haben, der angetretenen Erbschaft nach seinem Gefallen jederzeit wiederum begeben (§. 1.). Also muß ihm auch eine gleiche Freyheit bey der eydlichen Specification zustehen g). Wollten die dabey intereßirten Erbschaftsgläubiger etwa einwenden, daß die Abtretung der Erbschaft mittelst einer eydlichen Specification binnen einem Jahre von Zeit des dem Erben bekannt gewordenen Erbanfalles geschehen müsse, weil binnen solchem Jahre der Erbe sich zu erklären hätte, ob er die ihm angefallene Erbschaft annehmen, oder nicht annehmen wolle h); so kann darauf mit Recht erwiedert werden, daß eines Theils diese Erklärung alsdenn nur nöthig sey, wenn der Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat, sondern erst bey sich überleget, ob er Erbe werden, oder nicht Erbe werden will i), andern Theils, daß, wenn auch der Erbe mit dem noch heutiges Tages nicht ungebräuchlichen beneficio deliberandi k), die Erbschaft angetreten, hiermit jedoch stillschweigend die Bedingung verbunden ist, daß er die Erbschaft nur auf den Fall, wenn die Schulden die Verlassenschaft nicht überwiegen und also die Erbschaft auslangend seyn würde, behalten wolle. Folgbar der Erbe auch noch nach einem Jahre mittelst einer eydlichen Specification sich von der Erbschaft loßsagen kann, wenn er hierunter nicht betrüglich gehandelt haben sollte. Denn wenn dieses wäre, so müßte der Erbe freylich wegen des gemißbrauchten beneficii deliberandi und seiner sich hierbey hervorthuenden Gefährde, da niemanden ein Betrug zu statten

TER in *consil. et resp. Vol.* 1. *part.* 1. *consil.* 49. WERNHER *tom.* 1. *part.* 2. *obs.* 440.

g) SCHAUMBURG in *annot. ad* STRUVII *iurispr. for. lib.* 2. *tit.* 23. §. 15. ad verb. *edat.* HOMMEL in *rhapsod. quaest. obs.* 58. Seite 53.

h) *l.* 19. *C. de iure deliber.*

i) d. *l.* 19. *C. de iure deliber.*

k) WERNHER *part.* 7. *obs.* 1. *Decis. elect. Sax.* 57.

ten kommen darf, denen Gläubigern des Verstorbenen, in so ferne sie aus der Verlassenschaft nicht befriediget werden, mit seinem eigenen Vermögen haften l).

Rechtsfall.

Ein Ehemann in Sachsen hat mancherley Schulden. Er stirbt. Sein Eheweib masset sich so fort seines ganzen Nachlasses an. Sie läßt sich sein nachgelassenes Haus in Lehn und Würden reichen, besitzet, nutzet und gebrauchet solches ganzer drey Jahr hindurch. Sie schaltet und waltet damit und der übrigen Verlassenschaft wie mit ihrem Eigenthume. Kurz, sie gerirt sich als Erbin ihres verstorbenen Ehemannes, ohne über dessen Nachlaß ein Inventarium zu errichten. Nach drey Jahren wird sie von einem Gläubiger ihres Mannes wegen einer Schuld, so dieser bey seinem Leben gewürkt hat, verklaget. Sie kann die Schuld nicht leugnen, schützt aber vor, daß sie sich ihres verstorbenen Mannes Nachlaß nur in der Meinung, daß selbiger nicht so sehr verschuldet seyn würde, als Erbin angemasset hätte. Folgbar sie dessen Erbin niemals weiter geworden wäre, als in so ferne dessen Vermögen zu Bezahlung seiner Schulden zureichen würde. Sie sey alle Stunden bereit von dieser Verlassenschaft eine eydliche Specification zu ediren. Der Kläger versetzte hierauf, dieses sey nunmehro zu spät. Denn wenn sie dieses thun, und sich der Erbschaft mittelst Edirung einer eydlichen Specification wiederum begeben wollen, so hätte sie solches nicht erst, wie jetzo, nach Ablauf dreyer Jahre, sondern schon binnen der zur Deliberation gesetzten Jahresfrist bewerkstelligen müssen. Allein es wurde dem ungeachtet in dieser Sache nach S** in Februar 1776 folgender masen erkannt.

Urthel

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen Actorn der Kirnisischen Kinder Vormündere G. E. Z.** und Consortens, Klägers an einem, Actorn Vormunds J. C. verwittibten F**, Beklagtens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. A. n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. s. w. v. R.

Daß

l) Wie dieses auch in der angezogenen *decis. elect. Sax.* 57. ausdrücklich enthalten. RICHTER *decis.* 60. in fin. WERNHER *part.* 2. *obs.* 440. SCHAUMBURG in *annot. ad* STRUVII *iurispr. for. lib.* 2. *tit.* 23. §. 15. ad verb. *edat.*

Daß Beklagter, seines Einwendens ungehindert, auf die erhobene Klage sich einzulassen und zu antworten schuldig. Weil er nun solches auf den Fall bereits gethan, und derselben in den Hauptpunkten geständig; so ist dessen Constituentens Curandin die libellirten 46 fl. 3 gr. Capital, samt den von Zeit der erhobenen Klage entstandenen Verzugszinsen, binnen sächsischer Frist an Klägere zu bezahlen, sowohl die durch diesen Proceß verursachte Unkosten, nach vorgängiger deren Liquidation und richterlicher Ermässigung, denselben zu erstatten verbunden; jedoch bleibet derselben, in Fall ihres verstorbenen Ehemannes, Georg Ulrich Friesens, Erbschaft zu Bezahlung dessen Schulden nicht hinreichend seyn sollte, selbige vermittelst eines zu Recht beständigen *inuentarii*, oder, in Ermangelung dessen, einer eydlichen Specification, an dessen Gläubiger abzutreten, unbenommen. Von Rechts wegen.

XXXI.

Rechtliches Gutachten

nach H** in April 1764.

1) Ein Kind ist deshalb, daß es nach des Ehemannes Absterben von seiner Ehefrau erst zu Anfange des eilften Monates gebohren wird, für unehelich nicht zu halten.

2) Ein Kind, so nach des Ehemannes Tode von seiner Ehefrau nach zehen Monaten und zwey Tagen zur Welt gebracht wird, ist für unehelich zu halten, wenn durch des Arztes Zeugniß oder auf andere Art erwiesen werden kann, daß der verstorbene Ehemann bey dem Anfange dieser Zeit zum Kinderzeugen unvermögend gewesen, oder, wenn sonst zu erweisen stehet, daß seine Ehefrau Hurerey und Unzucht getrieben habe.

3) Von den Rechtsmitteln, so hierbey am füglichsten gebraucht werden können.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung, nebst einigen Fragen, zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen Wir vor Recht:

Hält

Hält Sempronius mit Titii Tochter, zu Anfange des Monats Februar 1763, Hochzeit. Wird ersterer den 3ten Junius eben des Jahres bettlägerig, und bekommt peripnevmoniam veram, die den 9ten ebend. in Suppuration gehet, so daß er hierauf den 27sten ebend. mit Zerreissung der vomicae verstirbt. Hat man bey Eröfnung des Körpers das ganze linke cauum pectoris mit materia purulenta angefüllt, und den größten Theil des lobi sinistri pulmorum verzehrt gefunden. Hat aber Sempronii Wittib, ein junges Frauenzimmer von 20 Jahren, gesunder Leibesconstitution und sanguinischen Temperamentes, im Anfange, nach ihres Mannes Tode, nichts von einer Schwangerschaft gemeldet, sondern, vier Wochen darnach, fluxum menstrui nimium bekommen, da sie vorher fluxum mensium ordinatum gehabt, so daß man um einer Hämorrhagie vorzubeugen, eine Aderlassung vornehmen müssen. Läßt sich, nach Verlauf von fünf Monathen, dieselbe verlauten, daß sie schwanger sey, und bekömmt, zu Anfange des Monats März im Jahr 1764, heftige oppressiones, pectoris anxietates et passiones hystericas, so daß man geglaubet, es würde wegen der heftigen spastischen Zusammenziehungen, die Geburt des Kindes erfolgen. Sind aber, nach angestellter Aderlaß, die Zufälle gemindert worden, und genieset die Schwangere einer vollkommenen guten Gesundheit. Verzögert sich jedoch die Schwangerschaft bis jetzo noch, und dauert also bereits von Zeit des Verstorbenen Bettlägrichkeit in dem eilften, und von der Zeit seines Absterbens in zehendem Monate. Dahero denn folgende Fragen entstehen:

1) Ob ein im eilften Monate, nach des Ehemannes Tode, gebohrnes Kind nach der gemeinen Meinung der Rechtslehrer für ehelich gebohren zu achten, oder vielmehr, nach dem Urtheil der neuern Aerzte das Gegentheil dargethan und behauptet werden könne?

2) Ob in dem dermaligen Falle die rechtliche Vermuthung vor die eheliche Geburt eines im eilften Monate gebohrnen Kindes nicht durch des Arztes Zeugniß von dem zum Kinder Zeugen zeitlichem Unvermögen des verstorbenen Ehemannes so wohl, als durch andere Umstände entkräftet werden könne?

3) Welches Rechtsmittels man sich hierbey am füglichsten zu bedienen habe?

Ob nun wohl, so viel die erste Frage betrift, es das Ansehen gewinnen möchte, 1) daß bey den Menschen, wie bey unvernünftigen Thieren, eine gewisse Zeit, welche von dem Anfange der Schwängerung bis zur Geburth jedesmahlen verstreichen muß, anzunehmen sey m); und daher 2) ein Kind vor dem 9ten oder nach dem 9ten Monate, von Zeit der Imprägnation an gerechnet, zur Welt nicht gebohren werden könne; wenigstens 3) die Witbe des Sempronii, wenn sie vorgiebet, daß sie sogar über 10 Monate mit einem Kinde schwanger gewesen sey, gar keinen Glauben verdiene; womit auch 4) das römische Recht n), und 5) die Verordnung in einigen teutschen Provinzen o), 6) ja selbst die heilige Schrifft überein stimmet p); mithin 7) daß die gemeine Meinung der Rechtslehrer, wasmassen ein Kind so in dem eilften Monate, vom Absterben des Mannes angerechnet, zur Welt gebohren wird, für ein eheliches Kind nicht zu achten q), sondern 8) die Meinung der abweichenden Rechtslehrer und neuerer Aerzte vorgehen müsse, es scheinen dörfte:

D. a. u. d. ad 1) daß die Meinung, wasmasen die Weibespersonen, wie andere Thiere, in der Geburtszeit nothwendig übereinstimmen müßten, der ungezweifelten Erfahrung ganz entgegen laufe, so wohl von alten Naturforschern und Aerzten r), als neuern s) behauptet wird; vielmehr ad 2) bey den Weibespersonen sehr verschiedene Zeiten, wenn sie Kinder gebähren können, wahrgenommen werden, und solches bald in dem siebenden, bald in dem achten, bald in dem neunten, bald in dem zehenden Monate, nach erfolgter Schwängerung, geschehen kann t); wie denn auch ad 3) noch in dem Falle, wenn die Witbe des Sempronii, noch in den ersten Tagen des eilften Monats, von einem Kinde entbunden werden sollte, ihrem Angeben, daß sie bis in den eilften Monat sich schwan-

m) conf. PLINIVS *histor. natur. lib.* VII. *cap.* 5.

n) *L.* 3. §. 11. *D. de suis et legitim. heredibus. L.* 29. *pr. D. de liberis et posthumis. L. vlt. D. de fideicomiss. libert.*

o) *Leg. municipal. Cliuens. tit.* 81. §. Ein Vrouw mag ꝛc.

p) IV. Buch Esra *cap.* IV. *vers.* 40. et *cap.* XVI. *vers.* 39.

q) §. *fin. vers.* vt appareat *Alth. de restit.*

r) ARISTOTELES *de histor. animal. lib.* VII. *cap.* 4. CARDONVS *lib.* III. *tract.* 3. *contradict.* 3.

s) ZITTMANN *in medic. forens. p.* 453. VALENTINI *pandectae medico legales, casus* XXXV. *seqq. pag.* 48. *seqq.* Idem *in nouell. medic. legal. casu* III. *pag.* 15. *seq.* 10. a SANDE *lib.* IV. *tit.* 8. *def.* 10.

t) ARISTOTELES *de histor. anim. lib.* VII. VALENTINI *nouell. medic. legal. casus* III. *pag.* 17.

schwanger befunden habe, weder eine physicalische Unmöglichkeit u), noch eine moralische, noch ein ausdrückliches Verbot der Gesetzgeber, entgegen stehet, da dasjenige, was ad 4) in den alten Gesetzen der Römer aus den Streitigkeiten und verschiedenen Meinungen ihrer Rechtsgelehrten hier und da eingeschaltet worden, heutzutage nicht angewendet wird, indem die in den Zweifelsgründen befindlichen Texte der Pandecten durch die Nov. 39 cap 2. vom Kayser Justinian ihre gänzliche Abänderung erlanget haben x); wogegen ad 5) so wenig die besondern Landesgesetze und Statuten, als welche nur in den Orten und Landen, wo sie gegeben, anzuwenden sind, als ad 6) diejenigen Stellen der biblischen Bücher angezogen werden können, worinnen von neun, zur Tragung der Leibes-Frucht erforderlichen, Monaten, nicht zu dem Ende, daß die Kinder, welche später zur Welt kommen, für unehelich zu halten wären, Meldung geschiehet, sondern von dem, was ordentlicher Weise zu geschehen pfleget, und welches allerdings die neun monatliche Zeit ist, die Benennung hergenommen wird; zudem das in den Zweifelsgründen angeführte Buch bekanntlich unter die apocryphischen gerechnet wird, und also die Gottesgelahrten selbst der eilf monatlichen Geburth beypflichten y); nicht minder ad 7) die Meinung, daß ein Kind, so noch in den zwey ersten Tagen des eilften Monats nach Absterben des Vaters gebohren wird, nicht nothwendig unehelich seyn müsse, auch in den teutschen Gesetzen und Gewohnheiten gegründet z), und darinnen nichts, das entgegen stehe, anzutreffen ist; vielmehr ad 8) die abweichende Lehre so lange als unstatthaft anzusehen ist, bis die Aerzte und Naturforscher, daß die Geburth bis zum Anfange des eilften Monats sich auf keine Art und Weise verziehen könne, erwiesen haben: So sind wir demnach der in den Rechten gegründeten Meinung, daß eine Witbe, welche gleich zu Anfange des eilften Monats, von Zeit des Absterbens ihres Mannes angerechnet, ein Kind gebohren hat, nur dieser Zeit wegen, daß sie sich von einem andern, als ihrem Manne, habe schwängern lassen, für über-

u) PLINIUS *hist. natur. lib.* IX. *cap.* 5. HIPPOCR. *de octimestr. partu in fin.* GELLIUS *noct. attic. lib.* III. *cap.* 15. ARISTOTELES *inst. animal. lib.* VII. *cap.* 4. VALENTINI *pandect. med. leg. cas.* XXXV. *pag.* 48. Idem *nouellae med. leg. cas.* III. *pag.* 15.

x) LEYSER *spec.* XV. *med.* I. CARPZOV *part.* IV. *const.* 27. *def.* 15. Idem, *lib.* V. *tit.* X. *resp.* CXI. *num.* 11.

y) Conf. DEDEKENN *consil. theol. part.* III. *lib.* IV. *Sect.* I. *num.* 15. *in fin. pag.* 306.

z) *Glossa iuris Saxonici in art.* 94. Weichbild *num.* 13.

überführet nicht zu achten sey, vielmehr bey einem solchen nachgebohrnen Kinde die Rechtsregul, *pater est, quem iustae nuptiae demonstrant*, eben so gut, als ob das Kind, bey noch fort währender Ehe, zur Welt gekommen wäre, ihre Anwendung finde.

Ob wohl, so viel die andere Frage angehet, es scheinen dürfte 1) daß die Vermuthung, ein Weib, so nach des Mannes Tode annoch zum Anfange des eilften Monats, von einem Kinde entbunden wird, sey von ihrem verstorbenen Manne geschwängert, gar viele Abfälle leiden müsse, insbesondere 2) wenn, wie im gegenwärtigen Falle, des Arztes Zeugniß von dem zum Kinderzeugen zeitlichen Unvermögen des verstorbenen Ehemannes vorhanden ist; überhaupt auch 3) solche rechtliche Vermuthung, dergleichen bey dem im eilften Monate nach des Ehemannes Tode gebohrnen Kinde vorkommen, nur so lange Platz fänden, als das Gegentheil noch nicht erwiesen worden; dergleichen Beweiß 4) nicht nur durch ordentliche Beweißmittel, sondern auch 5) durch Vermuthungen, geführet werden könne; wohin in dem gegenwärtigen Falle 6), daß die Witbe erst fünf Monathe, nach Absterben ihres Mannes, die Schwangerschaft angezeiget hat, zu rechnen sey; ingleichen 7) daß sie in ihrem Witwenstande annoch reichlicher masen ihre monatliche Reinigung gehabt; ferner 8) daß sie von gesunder Constitution auch beständig aufgeräumten Gemüths gewesen; folgbar 9) aus großer Traurigkeit sich die Geburt über die ordentliche Zeit unmöglich verhalten können; auch 10) solches Verhalten bereits an sich zum juristischen Aberglauben zu rechnen sey:

D. a. u. d. ad 1) die Rechtsregul, pater est, quem iustae nuptiae demonstrant, wie bey der vorigen Frage ausgeführeet worden, auch bey dem Kinde, welches die Witbe annoch in dem Anfang des eilften Monats, von Zeit des Absterbens ihres Mannes angerechnet, zur Welt bringet, allerdings Statt findet; und also nur dasjenige, was die starke Vermuthung für die Kindschaft während Ehe zu entkräften vermögend ist, bey einem zu Anfange des eilften Monats gebohrnen Kinde, in Betracht kömmt; mithin ad 2) das Unvermögen zum Kinderzeugen vor solcher Zeit erwiesen seyn muß; ob solches Unvermögen zum Kinderzeugen aber bey der blosen peripneumonia vera, welche Sempronius, nach der Geschichtserzählung, den 3ten Junius 1763, bekommen hat, oder auch, wenn solche in die Suppuration gehet, und also den 9ten darauf erwachsen sey? dem Ausspruche der Aerzte zu überlassen ist; in welchem Falle

 die

die eilf Monate allerdings nur von dem 3ten oder 9ten Junius 1763. dergestalt angerechnet werden müssen, daß, wenn das Kind nicht längstens den andern Tag nach dem 3ten oder 9ten April zur Welt kommt, solches für unehelich zu halten ist a); ausser diesem Falle aber ad 3) kein ander Mittel, um darzuthun, daß das Kind der Tochter des Titii den Sempronium nicht zum Vater habe, übrig bleibet, als daß dieser Weibesperson ein unzüchtiger Umgang mit einer andern Mannsperson erwiesen werde; welches ad 4) et 5) nur dadurch, daß die Frau der Hurerey geständig sey oder deren überführt werde, geschehen kann; alle andere Vermuthungen aber billig ausgeschlossen bleiben b); daher ad 6) der Umstand, daß die Witbe, erst fünf Monate nach des Mannes Absterben, ihre Schwangerschaft angezeiget, keine zureichende Vermuthung, daß ihr Mann nicht Vater zum Kinde sey, enthält, indem die Schwangerschaft hauptsächlich aus der Bewegung des Kindes, besonders von Weibespersonen die zum erstenmale eines Kindes genesen, beurtheilet wird; welche Bewegung so zeitig nicht wahrzunehmen ist c); auch ad 7) aus der überflüßigen monatlichen Reinigung keine Gewißheit einer ermangelnden Schwangerschaft zu folgern ist d); und folgbar ad 8 bis 10) auch bey gesunden Weibespersonen, wenn sie gleich nicht die Schwangerschaft verhalten wollen, zumalen wenn sie durch Kinderzeugen noch keine Erfahrung erlanget , eine lange Zeit hindurch, und bis sie erst die Bewegung des Kindes verspüret haben, eine Ungewißheit, daß sie schwanger seyn, gar wohl entstehen kann e): So sind wir demnach des rechtlichen Dafürhaltens, daß, wenn durch des Arztes Zeugniß oder auf andere Art bewiesen wird, wasmasen der verstorbene *Sempronius* schon den 3ten oder 9ten Junius 1763. zum Kinderzeugen unvermögend gewesen sey, und dessen Witbe später, als binnen 10 Monaten und 2 Tagen, eines Kindes genesen sollte, oder daß sie Hurerey und Unzucht getrieben habe, erwiesen werden könnte, das Kind für ein eheliches nicht zu achten sey.

Ob

a) *Glossa iuris Saxonici in art.* 94. Weichbild *num.* 13. IACOB MENOCHIVS *cas.* LXXXIX. *num.* 41 *et* 44. TIRAQVELL in *l. si vnquam verb. susceperit num.* 210. CARPZOV. *part.* IV. *constit.* 27. *def.* 15. *num.* 7.

b) WERNHER *part.* VI. *obs.* 361.

c) VALENTINI *pandect. medico-legales part.* I. *Sect.* I. *cas.* 21. *pag.* 25. BOEHMER *tom.* II. *part.* II. *consult.* 1180. *num.* 13.

d) VALENTINI *cit. loc. casus* 16. *et* 25.

e) VALENTINI *cit. loc. cas.* 15. *pag.* 15. *seq.*

Ob wohl, die dritte Frage anlangend, daß die Niederkunft der Witbe, und ob von ihr oder Nahmens des Kindes werde Klage erhoben werden, erst abzuwarten sey, es das Ansehen gewinnet:

D. a. u. d. 1) alsdenn, wenn das Kind noch in den ersten zwey Tagen des eilften Monats von Zeit, da der Vater zum Kinderzeugen unvermögend worden, angerechnet, zur Welt kommen sollte, und die Witbe, daß sie sich mit einem andern fleischlich vermischt habe, weder gestünde, noch überführet werden könnte, nach den bey beeden vorigen Fragen ausgeführten Gründen, dem Kinde, daß es von dem Sempronio erzeugt sey, nicht bezweifelt werden kann; mithin in solchem Falle die Frage, welches als das schicklichste Rechtsmittel, von den Intestaterben des Sempronii anzuwenden sey, ganz hinweg fällt; hingegen 2) wenn eine oder die andere Ursache, warum Sempronius für den Vater des neugebohrnen Kindes nicht zu achten sey, vorhanden wäre, zu förderst auf den dermaligen Besitz des Nachlasses des verstorbenen Sempronii dergestalt Absicht genommen werden muß, daß 3), wenn dessen Intestaterben bereits in solchem Besitze sich befinden sollten, oder annoch ein Manutenenzdecret für sich erlangen könnten, diese Erben die Klage des Kindes, welche in der actione praeiudiciali de partu agnoscendo affirmatiua bestehen würde f), am füglichsten abzuwarten hätten; da denn der Grund, wasmasen solches Kind den Verstorbenen zum Vater habe, wenn er bey der Einlassung negiret wird, von dem Kläger nothwendig erwiesen werden muß, und allenfalls, daß das Kind nicht zur rechtsbehörigen Zeit gebohren worden, oder daß die Mutter sich mit einer andern Mannsperson fleischlich vermischt habe, als zerstörliche Ausflüchte entgegen zu setzen sind; wenn aber im Gegentheil 4) die Mutter, wegen ihrer vorgeblichen Schwangerschaft in dem Besitze ihres Mannes Nachlasses sich befinden sollte, daß von ihr, weil obiger Ursachen halber, wasmasen das Kind von dem Sempronio abstamme, nicht angenommen werden kann, die Erbschaft durch die in den Rechten vorgeschriebene Erbschaftsklage verlanget, und die Kindschaft, als eine zerstörliche Ausflucht, entgegen gesetzet und bewiesen werde, abzuwarten ist, oder 5) von den Intestaterben, die actio praeiudicialis de partu non agnoscendo angestellet, und dabey, daß das Kind, nicht nach der in den Rechten vorgeschriebenen Zeit zur Welt gekommen sey, oder daß es von einem andern

f) BOEHMER tract. *de action. Sect. II. cap. I. §. 29.*

dern erzielet worden, zum Grunde gesetzet, und mithin daraus, daß das Kind für einen Sohn oder Tochter des verstorbenen Sempronii nicht zu achten sey, folgbar des Sempronii Erbschaft nicht diesem Kinde, sondern des Sempronii nächsten Blutsfreunden zu Theil werden müsse, das Gesuch gerichtet werden könnte; jedoch daß 6) die hereditatis petitio, weil dadurch der Beweiß der Filiation auf den Beklagten fällt, der actioni de partu non agnoscendo allerdings vorzuziehen ist; und hiedurch dasjenige, was in den Zweifelsgründen entgegen gesetzet worden, mit Bemerkung des dabey zu machenden Unterscheides, seine abhelfliche Mase erhalten hat: So erhellet daraus zugleich unsere rechtliche Meinung, was für ein Rechtsmittel, unter jedem vorwaltenden Umständen, am gemessensten zu gebrauchen sey. V. R. W.

XXXII.

Rechtliches Gutachten

nach M** in May 1766.

1. Den Kindern gebühret dergestalt der Pflichttheil, so wohl mit der Proprietät als der Nutzniessung, daß ihnen selbigen auch derjenige, dem sonst der Nießbrauch aus einer Disposition des Verstorbenen, oder der Statuten zuständig ist, mit völligem Rechte abtreten muß, obgleich die Kinder in andern Stücken das väterliche Testament gebilliget, sie aber weder ausdrücklich Verzicht geleistet, noch das ihnen über den Pflichttheil unter der Socinischen Cautel Hinterlassene angenommen haben sollten.

2. Was das Kind ausser seinem Pflichttheile fordern kann, wenn seiner Stiefmutter von dem sämtlichen Vermögen seines Vaters der Nießbrauch mit der Beschwerde des Kindes Erziehungskosten davon zugleich zu bestreiten, vermacht worden ist.

Als mir nachstehende Geschichtserzählung, nebst zwoen Fragen zugeschickt, und darüber mein rechtliches Gutachten verlanget worden, demnach halte ich in Rechten gegründet zu seyn:

Verstirbt Caius mit Hinterlassung eines Kindes von acht Jahren aus zweyter Ehe, sodann seiner dritten Ehefrau schwangern Leibes. Hat derselbe

selbe vor seinem Ende ein Testament über seine aus 12000 fl. bestehende Nachlassenschaft errichtet; worinne er seine vorhingedachten beyden Kinder zweyter und dritter Ehe zu gleichen Theilen zwar zum Erben eingesetzt, jedoch seiner hinterlassenen Witbe 3000 fl. und überdem die Verwaltung und Nutznießung seines sämmtlichen nachlassenden Vermögens, bis zu des Kindes zweyter Ehe erlangten Großjährigkeit, unter der Bedingung, daß sie die beyden Kinder von dem Nutzen seiner Verlassenschaft auferziehe, zugleich vermacht hat. Meldet sich aber nach des Caii Tode die Großmutter des Kindes zweyter Ehe, und verlangt nicht nur dieses Kindes Auferziehung, sondern auch, daß dessen Vaters, des verstorbenen Caii, sämmtliche Verlassenschaft zu Gelde gemacht und vertheilet würde. Wird dahero gefraget:

1) Ob nicht die Eltern, welche ihren Kindern mehr als den Pflichttheil zu verlassen gemeinet, ihre ganze Verlassenschaft mit Benehmung der Nutzniessung beschweren können?

2) Ob das Vorkind sich dermalen nicht mit Auslieferung des Pflichttheiles begnügen, und den Rest seines Erbtheiles seiner Schwester und Stiefmutter zur Nutzniessung bis zu seiner Großjährigkeit überlassen müsse, mithin das Vorkind, oder anizo dessen Großmutter, mit Auslieferung des Pflichttheiles oder derer davon fallenden Interessen abgefertiget werden könne?

Ob nun wohl, in Ansehung der ersten Frage, dasienige, was bey dem Pflichttheile der Kinder von dem Vater im Testamente zu deren Besten geordnet worden, für keine Beschwerde, weshalb die Kinder das Testament ihres Vaters sonst anzufechten berechtiget sind, gehalten werden kann g); sowohl dieserhalb die Gesetze dem Vater, seine Kinder aus guter Absicht so gar zu enterben h), und einen andern, der den Kindern seine Nachlassenschaft erst alsdenn, wenn die Kinder ein gewisses Alter erreicht haben würden, wieder abtrete, zum Erben einzusetzen, verstatten i); es auch an klarer Verordnung der Rechte, worinne dem Vater, seiner Ehegattin die Nutzniessung aller seiner Güter, bis zu seiner Tochter zurück-

g) *L. 25. C. de inoffic. test.* BRUNNEMANN *ad d. l. num. 2.* CARPZOV in *iurispr. for. par. 3. const. 9. def. 11.* RICHTER *decis. 21. num. 48.* BERLICH in *conclus. pract. par. 3. concl. 15. num. 54.*

h) *L. 18. D. de liber. et posth. hered. L. 12. §. 2. D. bon. libert.*

i) *L. 3. §. 3. D. de usur.*

zurückgelegten achtzehenden Jahre zu vermachen, erläutert wird, nicht ermangelt k); in gegenwärtigem Falle aber Caius seiner Ehefrau die Verwaltung und Nutzniessung seines sämmtlich nachlassenden Vermögens bis zu des Kindes zweyter Ehe erlangten Großjährigkeit, nicht schlechthin, sondern unter der Bedingung, daß sie beyde Kinder von dem Nutzen seiner Verlassenschaft auferziehe, vermacht hat; der Grund aber, warum sonst den Kindern von ihrem Pflichttheile die Nutzniessung nicht darf entzogen werden, in dem Unterhalte der Kinder, damit diese nicht Noth leiden, hauptsächlich bestehet l); hiernächst die beyden Kinder, wenn sie, nach den letzten Willen ihres Vaters, auf vorhergehenden Abzug der ihrer Mutter vermachten 3000 fl. die übrigen 9000 fl. seiner Nachlassenschaft in zwoen gleichen Theilen überkommen, ein jedes derselben 4500 fl, wenn sie aber von der ganzen aus 12000 fl. bestehenden Verlassenschaft ihren driten Pflichttheil fordern, ein jedes nur 2000 Rthl. erhält; folgbar die beyden Kinder dem Anscheine nach, von der Disposition ihres Vaters in Ansehung ihres Pflichttheiles mehr Nutzen als Schaden haben; endlich derjenige, welcher eines Erbe geworden, auch dessen Willen befolgen muß, so daß auch die Kinder, wenn ihnen etwas über den Pflichttheil hinterlassen wird, solches zu thun schuldig sind m); widrigenfalls das Kind, wenn es die Beschwerde nicht übernehmen will, auch weiter nichts als den Pflichttheil fodern kann n), aus diesem Grunde nun auch Caepolla in tr. cautelarum, caut. XXXVII. oder 21, daß, wenn der Vater sein Kind überhaupt zum Erben einsetzte, er einem andern die Nutzniessung seines Nachlasses vermachen, und das Kind sich alsdann nicht für beschwert halten könne, in den Gedanken stehet; mithin, daß die Eltern, welche ihren Kindern mehr als den Pflichttheil zuwenden, ihre ganze Verlassenschaft mit Benehmung der Nutzniessung beschweren könnten, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. der Pflichttheil in den Gesetzen mehrere Gunst, als ein Vermächtniß hat, dergestalt, daß selbiger für eine Schuld, welche zuvor, ehe das Vermächtniß gefordert werden kann, abgezogen werden muß,

k) *L.* 37. *D. de vsu et vsufructu et reditu* cet.

l) *Nov.* 18. *cap.* 3.

m) arg. *L.* 114. §. 16. *D. de legat.* 1. MERLIN in *tract. de legitima lib.* 3. *tit.* 2. *qu.* 7. *num.* 6. *pag.* 392. HAHN ad WESENBEC. *lib.* 28. *tit.* 7. *num.* 1.

n) WERNHER *par.* 6. *obs.* 478.

muß, gehalten wird o); sogar, daß selbiger nicht einmal durch Vermächtnisse zu milden Sachen vermindert werden kann p); auch die neuern Gesetze, daß denen Kindern ihr Pflichttheil schlechthin, ohne alle Bedingung, ohne Hinzufügung eines Tages oder Endzweckes, wozu selbiger anzuwenden, und überhaupt ohne alle Beschwerde hinterlassen werden solle, klärlich dergestalt, daß, in Entgegenhandlungsfalle, alle dergleichen Zusätze für nicht beygefüget angesehen werden sollten, verordnen q), sowohl, daß auch die Nutzniessung von dem Pflichttheile dem Kinde nicht entzogen werden solle, deutlich vorschreiben r), und den Eltern nur ihr anderes Vermögen über den Pflichttheil ihren Kindern entziehen oder mit einem Nießbrauch beschweren zu können, verstatten s); demnächst diese Verordnung gemeiner Rechte das, selbige in vielen Stücken folgende, Churpfälzische Landrecht, im dritten Theile und dessen zwölften Titul §. IV. mit den Worten: „da auch die Eltern solch Pflicht- oder Rechttheil „den Kindern durch Erbsatzung, wie obstehet, verliessen, und doch dieselbe „mit einem Anhang, als mit Benehmung der Abniessung, oder in an„dere Wege, gegen andern Leuten beschwerten, solle solcher Anhang oder „Beschwerde, als für nicht gesetzt, gehalten werden. Sintemahl derglei„chen Pflichttheil, ohne alle Mittel, unbeschwert, von Eltern den Kin„dern in Erbsatzungs weyse zukommen solle:„ sehr genau bestätiget; durch obgedachte neuere Verordnungen aber der in den Zweifelsgründen angeführte l. 37. D. de vsu et vsufr. aufgehoben und auch schon vorhero in den Pandecten selbst durch den l. 29. D. de vsufr. et quemadm. eingeschränkt, und dahin, daß dem Kinde der Pflichttheil mit der Nutzniessung gebühre, ob selbigem schon von der sämtlichen Nachlassenschaft die Proprietät, dem Weibe des Verstorbenen aber, der Nießbrauch hinterlassen wäre, von den bewährtesten Rechtsauslegern gedeutet worden ist t); diese Auslegung auch, daß dem Kinde der Pflichttheil mit völligem Rechte, das ist, sowohl mit der Proprietät als der Nutzniessung, gebühre und letztere niemanden davon vermacht werden könne, durch allgemeinen Gerichts-

o) *l.* 8. §. 15. *in fin. D. de inoffic. testam.*

p) *l.* 32. *C. de inoffic. test.* GAIL *lib.* 2. *obs.* 119. *n.* 7. STRYK *de caut. testam. cap.* 17. *memb.* 2. §. 7.

q) *l.* 32. *l.* 36. §. 1. *de inoffic. testam.*

r) *Nov.* 18. *cap.* 3. *Auth. Nouissima C. de inoffic. testam.* woselbst es heist: cuius portionis nec vsufructu defraudari liberi a parentibus possunt.

s) *Nov.* 117. *cap.* 1.

t) DIONYS. GOTHOFREDVS *ad d. l.* 29. *verb. dodrantis.*

richtsgebrauch bekräftiget wird u); und zugleich dahin, daß, wenn auch einer Wittbe, nach den Statuten, der Nutzen aller Güter zu hinterlassen, dennoch zuvor der Pflichttheil davon abzuziehen sey, ausgeleget wird x); nach dem churpfälzischen Landrechte im 4ten Theile, und des 13ten Tituls §. III. aber weder der Stiefmutter noch dem Stiefvater ein Besitz an des Stiefkindes ererbten Antheile verstattet wird; folglich ein Vater um so viel weniger durch seine Disposition dem Pflichttheil eine Beschwerde, wohin auch der Andern von dem Pflichttheil vermachte Nießbrauch als eine Dienstbarkeit gehört, beygefüget werden kann, sondern dergleichen Hinzufügung, ob sie gleich den Kindern zum Vortheile zu gereichen scheinen sollte, für nicht geschehen gehalten wird y), sogar, daß die Kinder, wenn sie in andern Stücken das väterliche Testament angenommen und gebilliget haben sollten, demungeachtet, ohne ausdrücklichen Verzicht, hiedurch in ihrem Befugniß, den Pflichttheil mit völligem Rechte zu fordern, sich nicht schaden z); sowohl die in den Zweifelsgründen angeführten Gesetze, nach welchen dem Vater, bey dem Pflichttheil der Kinder gewisse Verfügungen zu ihrem Besten zu machen, nicht verbothen ist, von einem offenbaren Besten, wie auch besonders der angeführte l. 3. §. 3. D. de vsur. selbst zu erkennen giebt a), zu verstehen sind; dieses aber, daß von denen bey gegenwärtigem Falle benannten zwey Kindern, wenn sie ihres Vaters Willen gänzlich nachlebten, jedes 4500 fl. erhielte, und also mehr, als wenn sie den Pflichtheil blos forderten, bekäme, nur ein Scheinvortheil ist; anerwogen beyde Kinder, wenn ein jedes anitzo seinen besondern Pflichttheil á 2000 fl. bekommt, dereinsten, nach Abzug des Vermächtnisses, die übrigen 5000 fl., wenn deren Nutzniessung mit des Kindes zweyter Ehe erlangten Großjährigkeit geendiget worden, ohnehin erhalten müssen b); folglich ein jedes auf die Art ebenfalls 4500 fl. und ausser-dem

u) GAIL *lib.* 2. *obs.* 144. *num.* 1. CARPZOV in *iurispr. for. par.* 3. *const.* 12. *def.* 7. STRYK *de caut. testam. cap.* 17. *memb.* 2. §. 8. LAVTERBACH in *coll. pract. lib.* 5. *tit.* 2. §. 47. BOEHMER in *iure dig. lib.* 5. *tit.* 2. §. 10.

x) GAIL *l. c.* SAM. STRYK diss. *de grauamine legitimae, cap.* 2. §. 8. *infin.*

y) *l.* 8. *l.* 30. *C. de inoffic. testam.* FABER in *Cod. lib.* 6. *tit.* 23. *def.* 9. *num.* 6. *seq.* CARPZOV *par.* 3. *const.* 12. *def.* 7. *num.* 6. LEYSER *spec.* 92. *ab init. et spec.* 359. *med.* 6. *cor.* 2.

z) GAIL. *lib.* 2. *obs.* 119. *num.* 8. MEVIUS *par.* 4. *decis.* 15. *num.* 5. 6.

a) Add. STRYK in *vsu mod. pand. lib.* 18. *tit.* 2. §. 9. *num.* V.

b) *l.* 36. §. 1. *C. de inoffic. testam.* wo es heißt: reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit.

dem den Vortheil, daß es davon 2000 fl., als den Pflichttheil, zur freyen Disposition nebst der Nutzmessung zu gebrauchen hat, erhält; dem auch der Einwand, daß sonst derjenige, welcher eines Erbe geworden, auch dessen Willen befolgen müsse, und hiervon auch die Kinder, wenn ihnen ihr Vater über den Pflichttheil etwas hinterlassen hätte, nicht befreyet wären, sondern, wenn sie das mehrere ausser dem Pflichttheile erhalten wollten, auch die von dem Vater dabey gemachte Verordnung sich gefallen lassen müßten, nicht entgegen stehet; anerwogen, wenn diese Verbindlichkeit den Kindern vollkommen obliegen soll, hierbey die Cautel des Socini angewendet, und ihnen solches unter der Bedingung, daß wenn sie es nicht thäten, sie nur in dem Pflichttheile zum Erben eingesetzt seyn sollten, auferleget werden muß c), in mehrern Betracht, daß sonst die Kinder auf dem Fall, wenn sie ihren Pflichttheil zum voraus wegnehmen, von den übrigen Vermögen ausgeschlossen seyn sollen, mit keiner Zuverläßigkeit behauptet werden kann, und, bey dieser Ungewißheit eher für, als wider die Kinder die Auslegung um so mehr, weil der Vater auf solchem Fall niemand anders zu seinem Erben ernannt hat, zu machen ist; dahero auch des Caepollae Meinung, wenn man sie nicht so, wie vorhingedachter Socinus gethan, bestimmt, den Rechten entgegen ist, und dieserhalb von andern bewährten Rechtslehrern nicht nur verworfen, sondern auch, daß der Vater durch Einsetzung seines Kindes zum alleinigen Erben und der einem Andern vermachten Nutzniessung seines Nachlasses dem Kinde die Nutzniessung des Pflichttheils nicht entziehen könne, dafür gehalten wird d); überdem der Stiefmutter in gegenwärtigem Falle der Umstand, daß sie von dem Nutzen der Verlassenschaft die Kinder auferziehen soll, wenig zu statten kommt, indem hiedurch der Vater dem Kinde zweyter Ehe das ihm aus obgedachten Gesetzen zukommende Recht um so weniger, weil das Kind noch eine Großmutter hat, welcher schon ohnehin, den Gesetzen nach, die Vormundschaft zustehet e), hat schmälern und selbigem die Nutzniessung unter der ihr auferlegten

 Erzie-

c) SOCINUS lib. I. consil. 122. STRYK de caut. testam. cap. 17. memb. 3. §. 15. seq. MERLIN tract. de legitima lib. 3. tit. 2. qu. 7. num. 4. LEYSER spec. 93. med. I.

d) VINNIUS in select. iur. quaest. cap. 22. STRYK in tract. de caut. testam. cap. 17. memb. 2. §. 8. CARPZOV. par. 3. const. 12. def. 7. BRUNNEMANN ad l. 32. D. de inoff. testam. desgleichen der in den Zweifelsgründen angeführte WERNHER par. I. obs. 95.

e) l. 9. D. de legitim. tut. Nov. 118. cap. 1. 5. Nov. 94. c. 2.

Erziehung des Kindes entwenden können f). So achte ich in den Rechten gegründet zu seyn, daß unter solchen Umständen, wie bey gegenwärtigem Falle erzählet worden, die Eltern, welche ihren Kindern mehr als den Pflichttheil zu verlassen gemeinet, ihre ganze Verlassenschaft mit Benehmung der Nutzniessung nicht beschweren können.

Die zweyte Frage belangend, ob wohl 1) die Rechte einem Ehegatten, welcher zu einer anderweiten Ehe geschritten, seinem geheyratheten neuen Ehegatten, wenn Kinder aus der vorhergehenden Ehe vorhanden sind, im Testamente, oder sonst, ein mehrerers, als dasjenige Kind, welchem er am wenigsten hinterlassen, erhält, auszusetzen nicht verstatten, sondern dasjenige, was dieser Ehegatte, als der Kinder voriger Ehe Stiefvater oder Stiefmutter, über diesen geringsten Kindestheil bekommen sollen, den Kindern voriger Ehe zu gleichen Theilen dergestalt zufällt, daß selbige zuvor ihren Pflichttheil, als eine ihnen schon aus natürlichen Rechten, hernach gedachten Uebermaaßtheil, als eine ihnen blos aus positiven Gesetzen zustehende Forderung in Rechnung zu bringen und von ihrem Stiefvater oder Stiefmutter herauszufordern berechtiget sind g); so wohl 2) einem Erben, welcher mit dem einem Andern vermachten Nießbrauch aller Güter beschweret worden, die quartam Falcidiae abzuziehen, vergönnet ist h); dieserhalb auch 3) einige Rechtslehrer, daß die Kinder, deren leiblicher Vater oder Mutter ihnen durch den ihrer Stiefmutter oder Stiefvater vermachten Nießbrauch aller Güter geschadet, von diesem Nießbrauche, nach Vorschrift des obgedachten l. 6. pr. C. de secundis nuptiis, auch das Ihrige fordern könnten, in den Gedanken stehen i); mithin daß das Vorkind, sich dermalen mit Auslieferung des Pflichttheiles begnügen zu lassen, und den Rest seines Erbtheiles seiner Schwester, und Stiefmutter zur Nutzniessung bis zu seiner Großjährigkeit zu überlassen, nicht schuldig, sondern wenigstens ausser seinem Pflichttheile annoch den dritten Theil der Nutzniessung von dem nachgelassenen Ver-

f) *l. 4. D. de inoffic. testam.*

g) *l. 6. pr. C. de secundis nuptiis* et arg. *Nov. 22. cap.* 27. ibiq. GODOFR. ROLANDVS A VALLE in tract. *de lucr. nupt. qu.* 17. *num.* 3. Add. WERNHER in *select. observ. for. par.* 3. *obs.* 55. (A). LEYSER in *medit. ad Pand. spec.* 300. *med.* 3. 8. et 9.

h) *l. 29. D. de usufr. et quemadm.*

i) *Dn.* A SANDE in *decis. aur. lib.* 2. *tit.* 3. *def.* 4. IO. FRIED. OLEARIVS in diss. *de usufructu omnium bonorum legato*, §. 15. Lips. 1708.

Vermögen seines Vaters fordern könne, es das Ansehen gewinnen möchte:

Dennoch aber und dieweil den Eltern der freye Wille, über ihre Verlassenschaft zu disponiren, nicht so leichte abgesprochen werden kann; vielmehr selbigen nicht nur blos in Ansehung ihrer Kinder, sondern auch in Ansehung anderer Personen, wenn sie den Kindern, ausser dem Enterbungsfalle, ihren Pflichttheil hinterlassen, durch letzten Willen, wenn sie dabey die erforderliche Form nach Vorschrift der Gesetze beobachten, nach ihren Gefallen, wie sie es nach ihrem Tode mit ihrem Vermögen und sonst gehalten haben wollen, ungehindert verordnen können; so wohl die Kinder, wenn sie ihren Pflichtheil fordern, nicht auch zugleich den legatariis die quartam Falcidiae abzuziehen berechtiget sind k); so gar, daß das Kind, welches die Falcidiam von den Vermächtnissen bereits erhalten, sich der quaerela inofficiosi testamenti nicht bedienen kann l); in mehrern Betracht, daß einem Testirer, ausser dem vierten Theile seines Vermögens, die übrigen drey Theile desselben mit Vermächtnissen gänzlich zu erschöpfen und darüber nach Gefallen zu disponiren, frey stehet m); diese freye Disposition aber derselbe, wenn seine Kinder ausser dem Pflichttheile auch die quartam Falcidiae abziehen könnten, nicht haben würde; hiernächst, was die Zweifelsgründe belanget, ad 1) in gegenwärtigem Falle, da die Stiefmutter ein Kind von des Vorkindes leiblichen Vater hat, und dieses so wohl wie das Vorkind zum Erben eingesetzet worden ist, folglich beyde die Proprietät des sämtlichen Nachlasses, nach Abzug der der Stiefmutter ausserdem vermachten 3000 fl., erhalten und künftig auch die völlige Nutzungen davon zu hoffen haben, so wohl überdem die Stief und resp. leibliche Mutter beyde Kinder von der Nutzniessung erziehen soll, der nach dem l. 6. pr. C. de secundis nuptiis erforderliche Umstand, daß die Stiefmutter mehr, als eins von den Kindern voriger Ehe erhalte, bewandten Umständen nach, füglich nicht gesaget werden kann; zudem ad 2) der l. 29. D. de vsufr. quemadm. nach dem obigen ersten Entscheidungsgrunde billig von einem solchem Erben, dem nicht schon

k) *l. 36. C. de inoffic. testam.* vbi: nulla Falcidia interueniente. ANT. FABER in *Cod. lib. 8. tit. 37. def. 6.* GAIL *lib. 2. obs. 121. num. 4.* CARPZOV *par. 3. const. 1. def. 20.* HOPP ad verba: *potest rogare eum. §. 10. I. de fideicommiss. hered.* BERGER *oec. iur. lib. 2. tit. 4. th. 34. not. 2.*

l) *l. 8. §. 9. 11. et 15. D. de inoffic. test.* CARPZOV *par. 3. const. 1. def. 20. num. 6.*

m) *l. 1. D. ad Leg. Falcid.*

schon ohnehin der Pflichttheil zustehet, verstanden werden muß; so wie ad 3) diese Meinung wegen desjenigen, wodurch vorhin der erste Zweifels-Grund aus dem Wege geräumet worden, auf gegenwärtigen Fall sich nicht anwenden läßt; jedoch, weil ein Testament nach der Absicht des Testirers vollständig auszulegen n), und die Alimente in den Rechten eine sehr grose Gunst haben, diese auch mehr für die Kinder als die Stiefmutter streitet o), nicht minder in dem Testamente des Caji des Vorkindes Stiefmutter der dieser vermachte Nießbrauch zu dem Endzwecke, daß sie zugleich des Vorkindes Auferziehung damit bestreite, hinterlassen, und selbiger ausser dem ein so groses Vermächtnis von 3000 fl. ausgesetzet worden ist, dem Vorkinde, ausser dem ihm schon so schlechthin gebührenden Pflichttheile, etwas von der Nutzniessung zu seiner Auferziehung zu geben, die Billigkeit erfordert; diesem auch, daß der Testirer, wie Quärent zugleich gemeldet, mit des Vorkindes Großmutter viele Jahre in Proceß gelegen, und dieser Großmutter zuwider, aus Neigung zu seiner letztern Frau das Testament gemacht, nicht entgegen stehet; masen der Haß gegen die Großmutter dem Vorkinde selbst nicht zum Nachtheile gereichen darf, und die Großmutter als gesetzliche Vormünderin über diese ihrem Enkel zustehende Nutzniessung zu dessen Besten zu disponiren hat: So bin ich des rechtlichen Dafürhaltens, daß sich das Vorkind dermalen blos mit Auslieferung seines Pflichttheiles begnügen zu lassen nicht schuldig, sondern daß dasselbe, oder anitzo dessen Großmutter, zugleich von der Nutzniessung des Testirers seiner übrigen Nachlassenschaft etwas zu seiner Auferziehung zu fordern berechtiget sey. V. R. W.

n) *l.* 12. *D. de reg. iur.* Vbi: In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.

o) *l.* 4. *D. de inoffic. testam.*

Zwo-

Zwoter Abschnitt

von

persönlichen Rechten

und

Verbindlichkeiten

Zwoter Abschnitt
von
persönlichen Rechten
und
Verbindlichkeiten
insbesondere

A) von den persönlichen Rechten und Verbindlichkeiten, so mittelbarer Weise aus den Gesetzen entspringen.

XXXIII.

Wenn zwey Eheleute in einer Handschrift, daß ihnen von ihrem Gläubiger ein Capital dargeliehen worden, bekannt, und beyde, so wohl Mann als Weib, die Handschrift unterschrieben, so haftet der Mann nicht blos für die Hälfte der Schuld, sondern er muß das ganze Capital alleine bezahlen.

§. 1.

Es ist Rechtens, daß, wenn ihrer mehrere etwas geborget und sich nicht correaliter verbindlich gemacht haben, einer nicht alleine die ganze Schuld, sondern ein jeder nur nach seinem Antheil, und also, wenn

zweye das Darlehn aufgenommen, ein jeder nur zur Hälfte dieselbe zu bezahlen hat a).

§. 2.

Aus dem eben angeführten Rechtssatze dürfte nun gefolgert werden, daß, wenn Mann und Weib ein Darlehn von Jemanden erborget, und sich nicht correaliter verbindlich gemacht haben, der Mann nicht alleine, sondern nur zur Hälfte die Schuld zu bezahlen verbunden sey, zumal da die Geldschulden, schon selbst den Rechten nach, unter die mehrern, welche selbige zu bezahlen haben, getheilet sind b), und so gar bey einer Correalverbindlichkeit, welche eine Weibesperson mit einer Mannsperson, so nicht ihr Ehemann ist, bey Erborgung eines Darlehens übernommen, die Weibesperson von dem Gläubiger auf die Bezahlung der Hälfte des Capitals belanget werden kann c).

§. 3.

Allein die Gesetze wollen nicht, daß eine Ehefrau wenn sie mit ihrem Manne eine Schulddocument unterschrieben, deswegen verbindlich seyn soll, sie mag nun bey Aufnahme des Anlehns als eine Selbstschuldnerin, oder blos als eine Mitschuldnerin (correa) sich verbindlich gemacht haben d). Es ist dieses auch der Billigkeit ganz gemäs. Denn da der Mann seine Frau zu ernähren verbunden, und sie dahero in des Mannes Verpflegung stehet, so bedarf sie auch ordentlicher Weise vor sich keines Anlehens, sondern es ist dafür zu halten, daß der Mann entweder blos vor sich zu seinem Nutzen, oder zum Nutzen der gemeinsamen Haushaltung das Anlehn, worüber sie mit ihm die Handschrift ausgestellt hat, erborgt, und er sie nur, um den Gläubiger desto eher zum Vorschuß zu bewegen, zur Mitübernahme der Schuld überredet habe. Bey welchen Umständen er nun auch alleine die ganze Schuld bezahlen muß, ohne daß seine Frau, wofern sie sich deshalb nicht auf eine gesetzmäßige Art verbindlich gemacht hat, dafür zu haften verpflichtet ist e). Und dieses um so mehr, weil auch eine Mannsperson, wenn sie mit

a) *l. 11. §. 1. 2. D. de duob. reis const.*
b) *l. 4. pr. D. l. 6. C. fam. ercisc.*
c) *l. 17. §. 2. D. ad Sct. Vellej.*
d) *Auth. si qua mulier C. ad Sct. Vellej. Nov. 134. cap. 8.*
e) GAIL *lib. 2. obs.* 89. num. 1. *seq.* CARPZOV *par. 2. const. 16. def. 4.* FABER in *cod. lib. 5. tit. 6. def. 8. num. 4.* CHRISTIN. *Vol. 5. decis.* 187. *num. 7.* MENOCH *lib. 3. praes.* 22. *num. 1.* CARPZOV

mit einer Weibesperson ein Darlehn unter einer dabey übernommenen correal Verbindlichkeit erborget hat, auf die Bezahlung der ganzen Schuld belanget werden kann f). Die Weibesperson hingegen, wenn sie zuerst belanget werden sollte, nur die Hälfte um deswillen zu bezahlen braucht, weil dieses, daß sie auch der andern Hälfte wegen sich verbindlich gemacht, und solchergestalt die ganze Schuld zu bezahlen versprochen hat, eine Art der Intercession ist. Derentwegen sie bekannten Rechten nach, nicht zu haften braucht g); daß dahero der in dem vorhergehenden zweyten Absatze mit erwähnte Zweifelsgrund dem Ehemanne mehr zuwider als vortheilhaft ist.

Rechtsfall.

Zwey Eheleute bekennen in einer Handschrift, welche sie beyde unterschrieben, daß ihnen von G. E** 50 fl. in Ducatons, das Stück zu 1 Rthl. 14 gl., geborget und gezahlet worden wären, und versprechen zugleich dieses Capital samt den Interessen, auf vorhergehende ein vierteljährige Aufkündigung wieder zu bezahlen. Der Gläubiger kündiget ihnen das Capital auf und verklagt anfänglich beyde executivisch aus dieser Handschrift. Erklärt sich aber nachhero, daß er das mitbeklagte Eheweib einstweilen ausser Anspruch lassen und sich dermalen, der Bezahlung wegen, lediglich an ihrem Manne halten wolle. Dieser steht in den Gedanken, daß er allen Falls nur die Hälfte dieser Schuld zu bezahlen verbunden sey. Allein es wurde nach L** im Monat März 1770 folgendermasen erkant.

Urthel

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen J. G. E. Klägers an einem, H. J. K. Beklagtens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. A. n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. s. w. v. R.

 Dieweil

ZOV *lib. 2. resp.* 75. SANDE *lib. 3. tit. 10. def.* 2. MEVIUS *par. 6. decis.* 297. num. 1. WERNHER *par. 5. obs. 46. et par. 6. obs. 369. cum supplem.* et *par. 1. obs.* 131. RIVINUS ad *tit. 5. enunc.* 16. *et* 17. RICHTER *ad Auth. Si qua mulier. C. ad Sct. Vellej. num. 31. seq.*

f) *l. 2. l. 3. §. 1. D. de duob. reis.*

g) *l. 1. pr. D. ad Sct. Vellej.*

Dieweil Beklagter die *fol. act. 3 b.* in Abschrift befindliche Urkunde recognosciret: so ist er, Inhalts derselben, die geklagten funfzig Meißnische Gülden Capital, nebst den rückständigen versprochenen Zinsen, so viel er daran durch richtige Quittungen zu mindern nicht vermag, Klägern, binnen sächsischer Frist, bey Vermeidung der Hülfe, zu bezahlen, sowohl die durch diesen Proceß verursachten Unkosten demselben zu erstatten schuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Ob wohl 1) Kläger des Beklagtens Eheweib, weil sie das Schulddocument mit unterschrieben, zugleich verklaget und auf executivische Art die Bezahlung verlanget hat; die Mitunterschrift eines Eheweibes aber für eine Intercesion für ihren Ehemann gehalten wird, derentwegen sie ohne Beobachtung der in Rechten erforderlichen Solennitäten bekannter masen nicht haftet, folgbar auch wider ein Eheweib aus einem Schulddocumente, welches sie blos mit ihrem Ehemanne unterschrieben, der Executivproceß nicht angestellet werden mag; sodann 2) zu einem instrumento guarentigiato über ein Darlehn, daß der Empfang des Vorgeliehenen daraus deutlich erscheine, nach der Altenburg. Proceßordnung, part. 2. cap. 2. §. 2. erforderlich ist; in dem dermaligen Schulddocumente des Wortes: Empfang: aber nicht gedacht wird; folgbar es scheinen möchte, daß Beklagter von dem libellirten Darlehn nur seinen Antheil, wenn zuvor, daß er denselben würklich empfangen, dargethan worden, zu bezahlen hätte; mithin, daß anders als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. ad 1) Kläger, daß er Beklagtens Eheweib in dieser Sache einstweilen ausser Anspruch lassen wolle, fol. act. 13 *a.* et *b.* sich ausdrücklich erkläret hat; sodann ad 2) bey einem Schulddocumente welches Mann und Weib zugleich ausgestellet, vermuthet wird, daß der Mann das Geld allein aufgeborget und in seinen Nutzen verwendet habe, masen eine Ehefrau, weil sie in des Mannes Verpflegung stehet, ordentlicher Weise keines Anlehens bedarf, und dieserhalb nun auch in solchem Falle, da der Mann und sein Weib das Schulddocument unterschrieben, der Mann alleine, ohne seine Frau, für die ganze Schuld haftet h); sodennach

h) *Auth. si qua mulier C. ad Sct. Vellej. Nov. 134. cap. 8.* CARPZOV *lib. 2. resp. 75.* WERNHER *part. 5. obs. 46.* et *part. 6. obs. 369.* eiusque *supplem.*

demnach nun auch Beklagter die libellirte Schuld nicht etwa nur zur Hälfte, sondern völlig zu bezahlen hat; in dem dermaligen Schulddocumente auch ausdrüklich zu befinden, daß die 50 Gülden geborget, und in Ducatons, das Stück zu 1 Rthl. 14 gr., gezahlet worden wären; welches ohne Empfang nicht geschehen mögen; daß also auch der Empfang des Vorgeliehenen aus diesem Documente deutlich erscheinet, obgleich das Wort Empfang, darinnen nicht vorkommt; sowohl Beklagter nicht nur die geklagte Schuldpost fol. act. 10. würklich ein- und zugestanden, sondern auch fol. act. 17 b. daß er die inducirte Handschrifft Klägern ausgestellet habe, bekannt, und dieserhalb Klägern durch diesen Proceß nur vergebliche Unkosten verursachet hat: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

XXXIIII.

Rechtliches Gutachten

nach B** im May 1766.

Von der Verbindlichkeit einer Freyfrau, welche mit ihrem Eheherrn einen Wechsel als Selbstschuldnerin unterschrieben.

Als Uns nachstehende Geschichtserzählung nebst einer Frage mit Beylagen, besonders einem responso, z. u. d. u. R. B. g. w. d. f. w. v. R.

Hat weyland der Kammerherr und Oberforstmeister Baron von K** im Jahr 1758 von dem Juden Nathan Seike zu B** ein Kapital von 1305 fl., gegen 6 Procent, auf einen Wechsel entlehnet. Wird darauf dieser Wechsel von gedachtem Juden, nach der Zeit, auf den Justizrath P** transferiret, und die Summe des neuen Wechsels, vermuthlich weil die aufgelaufene Interessen zum Kapital geschlagen worden, im Jahr 1762 auf 1600 fl. gestellet. Läßt sich darauf dieser neue Gläubiger der Justizrath P**, als er zu Ende des 1762sten Jahres seine Bezahlung verlanget, bewegen, Statt dessen eine unter den 25ten November 1762 auf ein halb Jahr ausgestellte Obligation, welche des Schuldners Gemahlin als Selbstschuldnerin mit unterschreibet, anzunehmen. Geschiehet es nachhero, daß, ehe die Zahlungszeit herankommt, der Schuldner, obgedachter Herr Baron von K** verstirbet, und, weil

 sich

sich viele Schulden vorfinden, seine Gemahlin auch, wegen der vor sich habenden Ehepacten, sich dessen nachgelassener Erbschaft entsaget, diese gerichtlich versiegelt, inventiret und verauctioniret wird. Unter welchen Umständen, und weil noch ältere hypothecarische Gläubiger sich vorfinden, der Justizrath P**, daß er bey der Location leer ausgehen möchte, besorget, und dieserhalb bey hochfürstlicher Regierung die Wittbe, Frau Baronne von K**, aus dem von ihr mit unterschriebenen Wechselbriefe belanget. Wird aber, nachdem beyde Theile mit einander rechtlich verfahren, von einem auswärtigen Rechtscollegio in März 1764 folgendermasen gesprochen:

Urthel.

Auf geschehene Imploration, darwider vorgeschützte Einreden und fernere Schriften, des Hochfürstl. Brandenburgischen Cammerraths Herrn Heinrich B**, Implorantens an einem, Anwalds der verwittbeten Frau Oberforstmeisterin Carolinen Freyfrauen von K**, geb. von W**, Imploratin am andern Theil; s. u. i. d. d. e. A. z. u. d. u. r. M. v. w. s. w. v. R.

Daß Implorantens Suchen nicht Statt hat. Es ist auch derselbe Imploratens Fr. Principalin die dadurch verursachte Unkosten, nach vorhergehender deren Liquidation und richterlicher Ermäsigung, zu erstattenschuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl 1) von Seiten der Fr. Imploratin bey der von ihr mit ihrem verstorbenen Eheherrn zugleich geschehenen Ausstellung des zum Grunde der Klage gelegten Wechsels keine Verbürgung vorgegangen zu seyn scheinet, da dieselbe nicht blos gedachten ihres Eheherrens Verbindlichkeit beygetreten ist, sondern vielmehr den Wechsel mit demselben zugleich, und zwar eines für beyde und beyde für eines ausgestellet hat; daferne aber auch dabey in Ansehung ihrer würklich eine Verbürgung unternommen seyn sollte, dieselbe dennoch auf den Vellejanischen Rathschluß dem Anschein nach, sich nicht berufen mag, indem Weibespersonen mit selbigen sich nicht behelfen können, wenn solcher ihnen zur Zeit der geleisteten Bürgschaft bekannt gewesen ist, und sie dergleichen, dessen ungeachtet,

tet, übernommen haben i); selbiges aber bey der Fr. Imploratin von Imploranten daraus, daß sie schon vorher einigemal für ihren Eheherrn mit Entsagung des Vellejanischen Rathschlusses sich verbürget haben soll, gefolgert werden will; darneben die auf sothanen Rathschluß sich gründende Ausflucht der Weibespersonen, wenn sie sich zu der übernommenen Bürgschaft zwey Jahr nachher von neuen verbunden haben, hinwegfällt k); und dieses von der Fr. Imploratin, vermittelst der mit dem Wechsel von Zeit zu Zeit vorgenommenen Prolongationen, geschehen zu seyn scheinet; zu dem verschiedene Rechtslehrer, daß diese in dem bürgerlichen Rechte den Weibespersonen zu Gute geschehenen Verordnungen auf Standespersonen gar nicht anzuwenden wären, behaupten l); überhaupt auch in dem Falle von selbigen abgehen, wenn der Handel, bey welchem sich Weibespersonen verbürgen, von ihnen selbst geschlossen wird, oder zu ihrem eigenen Vortheil gereichet m); Implorant aber darauf, daß bey der Fr. Imploratin jetzt gedachte Umstände anzutreffen wären, sich berufet; und ob zwar dieselbe davon das Gegentheil zu behaupten suchet, und wie Implorantens Capital nebst andern auf herrschaftlichen Befehl, zur Aufbauung des Forsthauses aufgenommen, und auch bereits zur Hälfte der Fürstl. Kammer angerechnet worden sey, vorwendet, dennoch selbiges, durch die von ihr nr act. 4. inducirten Urkunden zur Gnüge nicht dargethan worden ist; mithin aus mehr als einem Grunde, daß Fr. Imploratin den Wechselbrief zu recognosciren angewiesen, und Implorantens Suchen nicht für unstatthaft geachtet werden sollen, es das Ansehen haben dürfte:

Dennoch aber und dieweil 1) den Rechten nach auch die von einer Weibesperson mit ihrem Ehemanne zugleich geschehene Ausstellung einer Schuldverschreibung, wenn sie sich auch in derselben principaliter mit verbindet, für eine Verbürgung, welche in Ansehung einer solchen Weibesperson, nach dem Vellejanischen Rathschluße, ordentlich gar keine Verbindung würket, zu achten ist n); mithin auch von der Fr. Imploratin, daß,

i) *l. 30. D. ad Sct. Vellej.* LEYSER *spec. 169. med. 7.*

k) LAVTERBACH *coll. theor. practic. lib. 16. tit. 1. §. 23.*

l) MÜLLER *ad* STRVV *ex. 21. §. vlt. not. 21.*

m) *L. 4. II. 19. §. 5. ff. ad Sct. Vellej.* LAVTERBACH *loc. cit. §. 13.* LEYSER *spec. 169. med. 3.*

n) GAIL *libr. II. obseruat. 89.* FABER *cod. sabaud. libr. IV. tit. XXI. def. 20.* CHRISTINAEVS *lib. IV. decis. 187.* MÜLLER ad STRVV. *exerc. 21. thes. 3. not. V.*

daß, da sie den Wechsel mit in ihrem Namen ausgestellet, lediglich ihres verstorbenen Eheherrns Obligation beygetreten sey, billig zu behaupten ist; der Fr. Imploratin aber 2) aus dem Grunde, daß ihr zur Zeit des ausgestellten Wechsels der Vellejanische Rathschluß bekannt gewesen sey, auf denselben sich zu berufen, nicht verwehret werden mag, gestalten daß Fr. Imploratin mehrmalen, und zwar unter den Entsagungen solcher weiblichen Gerechtigkeiten für ihren Eheherrn sich verbürget habe, nicht dargethan ist; hieraus auch noch nicht, daß ihr dieselben bekannt gewesen, gefolgert werden kann o); und überdem einer Weibesperson, in dergleichen Fällen, die Wissenschaft ihrer Gerechtigkeiten nur in so fern zum Nachtheil gereichet, als damit zugleich eine Gefährde verbunden ist; deren aber ein Eheweib in dem Falle, da sie sich gegen eine solche Bürgschaft mit dem Vellejanischen Rathschluße, und der authent. si qua mulier behelfen will, wenn ihr auch gleich diese Verordnungen bekannt gewesen sind, nicht beschuldiget werden kann p); hingegen 3) dasjenige, was in den Rechten von der nach zweyen Jahren erfolgten Erneuerung einer Bürgschaft versehen ist, lediglich auf die Verbürgungen der Weibespersonen für Auswärtige, und keinesweges auf die von denselben für ihre Ehemänner übernommenen Verbindungen gehet q); überdem auch Fr. Imploratin besagte ihre Bürgschaft nach zweyen Jahren nicht erneuert hat; so viel aber 4) die Meinung einiger Rechtslehrer, daß die den Weibespersonen in den Rechten verliehenen Wohlthaten den Standespersonen nicht zukämen, betrift, dieselbe in Gerichten nicht angenommen ist, vielmehr, wegen der Allgemeinheit dieser dem weiblichem Geschlechte zu gute gemachten Verordnungen, von anderen r) das Gegentheil mit Grunde behauptet wird; ferner 5) darauf, daß Fr. Imploratin sothanes Anlehn, Implorantens Vorgeben nach, selbst für sich aufzubringen gesuchet, im mindesten nicht gesehen werden kann, da solches nicht beygebracht ist, sich auch hievon das Gegentheil dadurch, daß der Implorant den Wechselbrief zugleich von der Fr. Imploratin verstorbenen Eheherrn ausstellen lassen, sich zu Tage leget; und, wenn auch daher 6) der Fr. Imploratin ihr Vorgeben von der zum Forsthausbau geschehenen Anwendung dieses Capitals gehörig nicht erwiesen ist, dennoch derselben die gegen den producirten Wechsel vorge-

o) LEYSER *spec.* 169. *med.* 8.

p) BRUNNEMANN *ad l. vlt. ff. ad Sct. Vellej.* nr. 16. LEYSER *spec.* 171. *med.* 3.

q) *Auth. Si qua mulier C. de Sc. Vell. Nov.* 134. *cap.* 8. LAUTERBACH *coll. theor. practic. lib.* 16. *tit.* 1. §. 23.

r) LAUTERBACH *exerc.* 28. *concl.* 210.

vorgeschützte Einrede des Vellejanischen Rathschlusses in der Mase zu statten kommt, daß ihr die Recognition sothanen Wechselbriefs nicht aufzuerlegen, sondern Implorant mit seinem Suchen abzuweisen und zugleich in die Erstattung der verursachten Unkosten zu vertheilen gewesen: So ist demnach wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

Wendet darauf Implorant wider dieses Urthel eine Appellation ein. Erhält derselbe auch, nach geschehener Introduction, plenarios appellationis processus, und macht sich wegen eines von einem Unbenahmten erhaltenen beyfälligen responsi, zu einer Aenderung des vorigen Urthels viele Hofnung. Wird dahero gefraget:

Ob die in diesem *responso* angeführten Entscheidungsgründe von der Erheblichkeit sind, daß mit beyfälligen Rechten die Frau Baronne von K** zu Bezahlung der 1600 fl. verbunden sey, oder nicht?

Ob nun wohl der Verfasser des gedachten responsi folgende Gründe, weshalb sich Appellant eine reformatorische Sentenz zu erhalten Hofnung machen könnte, angeführet hat, daß nämlich 1) und 2) bey den Römern die Weibespersonen fürnämlich um deswillen, weil die Bürgschaft nur ein männliches Geschäfte gewesen, sich nicht verbürgen können, folgbar die Verordnung des Senatusconsulti Vellejani und der Authenticae Si qua mulier C. ad Sct. Vellej. bey den Weibespersonen in Teutschland, woselbst die Bürgschaft nicht eben für ein männliches Geschäfte gehalten würde, sehr viele Ausnahmen litte; sodann 3) und 4) feminae illustres sich sowohl für ihren Ehemann, als für Andere in Teutschland gültig verbürgen könnten, nicht minder 5) und 6), daß zu der Zeit, als die Frau Baronne von K** nebst ihrem Eheherren, das Kapital der 1600 fl. zu bezahlen, den Wechsel unterschrieben, letzterer unter solchen Umständen, daß nach Wechselrecht wider ihn verfahren werden sollen, sich befunden hätte; in solchem Falle aber, wenn eine Ehefrau für ihren Mann aus Liebe, um ihn von dem Arrest zu befreyen intercediret, ihr nachhero die sonst den Weibespersonen in den gemeinen Rechten wegen der Bürgschaft gegebenen Wohlthaten nicht zu statten kämen; ferner 7) und 8) die Frau Baronne von K** von dem quästionirten Gelde selbst vieles zu ihren Nutzen an kostbarer Kleidung und Schmuck erhalten, weshalb sie haften und ihr darüber, so

wie auch 9) über den Umstand, daß sie mit ihrem Gemahl in keiner Gemeinschaft der Güter gelebet und von denen den römischen Weibern zukommenden Wohlthaten bey ihrer Unterschrift/des Wechsels nichts gewußt habe, von Klägern der Eyd zugeschoben werden könnte; mithin daß die Frau Baronne von K** wegen dieser Gründe zur Bezahlung der 1600 fl. verbunden sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. eine Ehefrau mit ihrem Ehemanne sich in einem Schuldbriefe nicht als Selbstschuldnerin correaliter verbindlich machen kann, sondern, wenn solches geschehen, der Mann ohne seiner Frau aus solchem Instrumente dergestallt alleine haftet s), daß, woferne nicht klärlich der Umstand, daß wenigstens die Hälfte des aufgenommenen Geldes in den eigenen Nutzen der Frau verwendet worden, erwiesen wird, selbige nicht einmal die Hälfte der Schuld zu bezahlen t), vielweniger für die ganze Schuld, woferne sie nicht nach vorhergegangener deutlichen Erklärung, dem beneficio diuisionis, und, wenn sie an einem Orte eines Vormundes bedarf, mit dieses seiner Einwilligung, demselben eydlich entsaget, zu haften schuldig ist u), in mehrern Betracht, daß eines Theils das Geld, welches ein dessen bedürftiger Mann mit seiner Frau erborget, gänzlich auf ihn gekommen zu seyn vermuthet wird x), andern Theils überhaupt die Intercessionen oder diejenigen Handlungen, wodurch man eines Andern seiner Verbindlichkeit, zu mehrerer Sicherheit des Gläubigers, beytritt, wenn solche eine Ehefrau für ihren Mann unternimmt, dergestalt, daß sie für nicht geschehen gehalten werden sollen, in

s) *l. 48. pr. D. de fideiuss. Auth. Si qua mulier C. ad Sct. Vellej. Nov. 134. cap. 8.* CARPZOV *lib. 2. resp.* 75. SANDE *lib. 3. tit. 10. decis.* 2. STRUV. *exerc.* 21. *th.* 2. *in fin.* WERNHER *part.* 5. *obs.* 46.

t) *l. 17. §. 2. D. ad Sct. Vellej. Auth. Si qua mullier C. ad Sct. Vellej.* LAUTERBACH in *coll. pract. lib. 16. tit.* 1. §. 6. STRUV in *synt. iur. ciu. exerc.* 21. *th.* 2. *in fin.* WERNHER *in sel. obs. for. tom.* I. *part.* 5. *obs.* 46. und *tom.* II. *part.* 3. *obs.* 369, ingleichen *tom.* III. *part.* 1. *obs.* 131.

u) CARPZOV in *iurispr. for. part.* 2. *const.* 16. *def.* 4.

x) CARPZOV *part.* 2. *const.* 16. *def.* 4. *num.* 2. BRUNNEMANN in *l. fin. D. ad Sct. Vellej. num.* 16. und 18. Ebenderselbe in *Auth. Siue a me C. ad Sct. Vellej. num.* 6. und in *Auth. Si qua mulier C. eod.* MENOCH *de praesumt. lib.* 3. *praes.* 22. GOEDDAEUS *de contrah. stipul. cap.* 7. *concl.* 16. *num.* 287. *seq.* HERING in *tract. de fideiuss. cap.* 7. *num* 402.

in den Gesetzen klärlich verbothen sind y); dergleichen verbiethende Gesetze aber so beschaffen, daß Unterthanen selbige durch keine Renunciation ändern oder aufheben, solchemnach auch einer Ehefrau, zumal dieselbe unter den Liebkosungen und Schmeicheleyen ihres Mannes gar leichte zur Interceßion und Renunciation gebracht werden kann, sich der Auth. Si qua mulier C. ad SCt. Vellej. und der Nov. 134. Cap. 8 zu begeben, den Rechten nach, nicht verstattet ist z); wenigstens dergleichen Verzichtsleistung, nach der durch den Gerichtsgebrauch eingeführten Auslegung des canonischen Rechtes, welches da ordnet, das diejenigen Eyde, welche man ohne Schaden seiner Seeligkeit halten kann, auch zu erfüllen wären a), nur alsdenn, wenn die Ehefrau bey der Interceßion, derentwegen sie für ihren Mann bezahlen soll, unter besonderer Anführung und deutlich geschehener Erklärung ihrer weiblichen Gerechtigkeiten, die ihr wegen ihrer Bürgschaft zustehen, ausdrücklich und eydlich, wenigstens unter der bey den Eyden gewöhnlichen Formul, z. E. so wahr ihr Gott helfe und sein heiliges Wort, oder doch bey dem Worte der ewigen Wahrheit und so wahr ihr Gott helfe, entsaget habe, erforderlich ist b); folgbar die Entsagung bey Fürstlichen, oder Gräflichen, oder Adelichen Ehren, Treuen und Glauben, vielweniger wenn solche unter der Formul: alles getreulich ohne Gefährde, geschehen, keinesweges hinreichend ist c); diesemnach auch zu einer allgemeinen Verzichtsleistung, wenn sie, bey einer Interceßion wegen des Eydes, die Kraft einer besondern Renunciation haben soll, wenigstens diesen Ausdruck: daß er, der Renunciant, sich aller Gerechtigkeiten, die ihm als Intercedenten, zum Exempel, als Bürgen, zuständen, begeben haben wolle, erfordert wird d); in mehrern Betracht,

Hh 2 daß

y) *d. Auth. Si qua mulier C. ad Sct. Vellej.* und *Nov.* 134. *cap.* 8.

z) RAUCHBAR *par.* 1. *qu.* 34. *num.* 12. BERLICH *par.* 2. *concl.* 19. *num.* 61. BRUNNEMANN *cent.* 1. *dec.* 16. *num.* 4. ZANGER *de except. par.* 3. *cap.* 11. *num.* 151. *seq.* CARPZOV *part.* 2. *constit.* 16. *def.* 1. RICHTER *ad Auth. lib.* 4. *tit.* 29. *C. ad SCt. Vellej. num.* 23. STRYK *in usu mod. pand. lib.* 16. *tit.* 1. §. 8.

a) *Cap.* 9. *et* 28. X. *de iureiur. c.* 2. *de pact. in* 6to.

b) GAIL *lib.* 2. *obs.* 77. *num.* 3. STRYK *in usu mod. pand. lib.* 16. *tit.* 1. §. 9. *et in Caut. contract. sect.* 2. *cap.* 6. §. 3. *et* 6. CARPZOV *par.* 2. *const.* 16. *def.* 1. 4. *et* 6. BERGER *in oecon. iur. lib.* 3. *tit.* 3. §. 8. *not.* 8. MEVIUS *par.* 6. *decis.* 22. *num.* 4. BOEHMER *in Digest. lib.* 16. *tit.* 1. §. 18. BERLICH *par.* 2. *concl.* 19. *num.* 80. LEYSER *spec.* 172.

c) CARPZOV *par.* 2. *const.* 16. *def.* 6. WILLENBERG *diss. de efficaci intercessione mulierum, cap.* 2. §. 8.

d) BERGER *oec. iur. lib.* 3. *tit.* 3. §. 12. *not.* 6.

daß sonst die Renunciation eingeschränkt ausgeleget und von solchen Gerechtigkeiten, die dem Renuncianten nicht vermöge besonderer Gesetze als Bürgen, oder einem Correo, sondern sonst ausser dieser Qualität zustehen, verstanden werden muß; dem gemäs denn auch die in dem Schuld- oder Wechselbriefe gebrauchte Formul: die Gerechtigkeiten oder Einwendungen mögen Nahmen haben, als sie wollen, gleich als wenn sie hier ausdrücklich benennet: den Mangel der nicht ausgedruckten Gerechtigkeiten, die einer Ehefrau, als einer Intercedentin für ihren Mann zu stehen, nicht ersetzen, noch auch die in dem Schuldbriefe geschehene Entsagung der Ausflucht des nicht zugezählten oder in unsern Nutzen nicht verwendeten Geldes, die geschehene baare Auszahlung oder Verwendung des Geldes in des Schuldners Nutzen, folgbar auch nicht wider eine intercedirende Weibesperson erweiset e), in mehrerer Erwegung, daß dieselbe zu diesem Bekäntnisse eben so leichte, als zur Bürgschaft bewogen werden können; mithin, weil die Frau Baronne von K** in dem nebst ihrem Ehehern unterm 25ten November 1762 ausgestellten Wechselbrief sich nur schlechthin, ohne eydliche Entsagung des beneficii diuisionis und anderer weiblichen Gerechtigkeiten besonders der Auth. Si qua mulier C. ad SCt. Vellej., in solidum verbindlich gemacht, selbige auch daraus, zumal da sie zur Zeit der nur ausgestellten Obligation, wie mit berichtet worden, minderjährig gewesen, für ihren Eheherrn nicht verbindlich seyn kann; diesem auch die in den Zweifelsgründen von dem Verfasser des responsi angeführten Ursachen nicht entgegen stehen; anerwogen ad 1) und 2) der Grund warum die Römer die Bürgschaft für ein männliches Geschäfte ansahen und die Weibespersonen ohne Unterschied wes Standes sie sind, davon ausschlossen, fürnämlich in der bey diesen sich befindenden Schwachheit des Geschlechtes, da sie leicht von jemanden zu ihren Schaden, zu einer Bürgschaft überredet werden können, zu setzen ist f); und dahero, weil dieser Grund ebenfalls auf das teutsche Frauenzimmer anzuwenden, auch die Verordnung des gemeinen römischen Rechtes wegen dieser Sache in den teutschen Gerichten zur Regul, wovon nur wegen besonderer Ursachen, abgewichen wird, angenommen ist g); und,

e) *arg. Auth. Si quis vult caute C. qui potiores in pign.* HAHN *ad* WESENBEC. *lib.* 16. *tit.* 1. *num.* 9. RICHTER *ad Auth. Si qua mulier C. ad SCt. Vellej, lib.* 4. *tit.* 9. *num.* 19.

f) *l.* 2. §. 2. *D. ad Sct. Vellej.*

g) SCHILTER *exerc. ad Pand.* 28. §. 5. *in fine et* §. 12. CARPZOV *lib.* 2. *resp.* 75. GAIL *lib.* 2. *obs.* 89. BOEHMER *in*

und, ob zwar ad 3) und 4) feminae illustres, welche ein Land regieren h), aus dem Grunde, weil sie noch wichtigere und sonst männliche Geschäfte, nämlich die Regierung führen und gemeiniglich mit einem und dem andern Rathe versehen sind, folglich bey ihnen die Schwachheit des weiblichen Geschlechtes, welche bey Privatpersonen anzutreffen, nicht so anzunehmen, sich gültig verbürgen können i), demungeachtet andere bewährte Rechtslehrer auch bey der Bürgschaft einer feminae illustris die Entsagung des Vellejanischen Rathschlusses für nöthig halten k); überdem jene Meinung eines Theils bey dem Falle, wenn feminae illustres für ihren Ehegemahl intercediren, billig seine Ausnahme leidet, zumal da auch selbst feminae illustres, wenn sie ihrer unmündigen Prinzen Vormundschaft übernehmen, zuvor dem SCto Vellejano wie andere Mütter entsagen müssen l), andern Theils die Frau Baronne von K** als keine femina illustris, sintemal darunter nur diejenigen, welche von hohen Adel sind, und Fürstenmäsige Geburth haben, mithin entweder selbst Landesregenten sind, oder doch wenigstens von solchen abstammen, zu verstehen, angesehen werden kann; vielweniger selbige, wie doch vorhingedachter masen, erforderlich, eine Landesregentin ist, sodann ad 5) und 6) von Quärenten eines Theils, daß zur Zeit des von der Beklagtin mitunterschriebenen Wechsels, wider ihren Eheherrn, nach Wechselrecht geklaget werden sollen, andern Theils, daß man dasiger Orten wider den Aussteller eines Wechselbriefes nach der Strenge des Wechselrechtes mit Arrest verführe, geleugnet, folgbar, wenn dieses gegründet, obengedachte beyde Entscheidungsgründe des Respondentens von selbst hinwegfallen; sowohl überdem, wenn die Umstände auch wahr wären, dennoch zugleich dieser Umstand, daß die Frau nachhero aus besonderer Liebe gegen ihren verstorbenen Ehemann, durch ihre Intercession den öffentlichen Verkauf seiner Güter abgewendet habe, erforderlich ist m); Beklagtin aber, wie in der Geschichtserzählung angemerkt worden, solches nicht gethan hat; ferner ad 7) und 8) von Quä-

in diss. de efficaci mulierum intercessione. In exerc. ad Pand. tom. 3. exerc. 50.

h) BERGER *oec. iur. lib. 3. tit. 3. §. 8. not. 4.* BOEHMER *diss. de efficaci mulierum intercessione cap. 2. §. 4.* BEYER *in pos. ad Pand. lib. 16. tit. 1. pos. 2. not. a.*

i) HERING *in tract. de fideiuss. cap. 7. num. 517. sequ.* STRUV *in synt. iur. civil. exerc. 21. thes. 12. in fin.*

k) STRYK *in usu mod. pand. lib. 16. tit. 1. §. 7.* LAUTERBACH *concl. forens. exerc. 28. th. 19.*

l) STRYK *diss. de tutela materna principum imperii.*

m) STRUV *decis. sabbathin. 27. cap. 14.* WILLENBERG *in diss. de efficaci intercessione mulierum, cap. 2. §. 11.*

Quärenten diese Umstände, weil sie selbst schon mit Kleidung und Schmuck zur Gnüge versehen gewesen, auch selbst eigene Mittel, wovon sie sich dergleichen anschaffen können, gehabt habe, geleugnet werden; sowohl überdem, daß zur Zeit des von der Beklagtin mit unterschriebenen Wechsels, das Geld mit in ihren Nutzen verwendet worden wäre, um deswillen, weil bereits vorhero ihr Eheherr das Capital alleine von dem Juden Nathan Selke erborget gehabt, nicht gesaget, auch dasjenige, was ein Ehemann zur standesmäsigen Unterhaltung seiner Ehefrau aufwendet, nur für ein Aufwand der ihm selbst oblieget n), folgbar wohl für eine Schuld des Mannes, nicht aber für eine Schuld der Frau, mithin dasjenige, was aus eines andern Mitteln darauf verwendet worden, nur für eine versio in rem mariti nicht aber für eine versio in rem vxoris gehalten werden kann o); nächstdem ad 9) der Vorwand, daß die Beklagtin mit ihrem Eheherrn in einer Gemeinschaft der Güter gelebt, weshalb sie für die Schuld ihres Mannes zu haften verbunden, Theils dadurch, daß solche unter Adelichen nicht gewöhnlich p), Theils weil Quärent, daß sie vermöge ihrer Ehepacten mit ihrem Eheherrn in keiner unbedingten, sondern bedingten Ehe gelebt, anführet, gleich diesem Umstande, daß einer sich verbürgenden Weibesperson schon vorhero ihre weiblichen Gerechtigkeiten bekannt gewesen, bey einer sich mit oder für ihren Ehemann verschreibenden Ehefrau, als welcher die Vermuthung, daß sie sich dazu, wegen dessen Schmeichelworte verleiten oder durch Drohungen zwingen lassen, zum Behuf dienet, wegen des auf ihrer Seite dabey mangelnden Betruges, unerheblich ist q); und im gegenwärtigen Falle da die Beklagtin zur Zeit des unterschriebenen Wechsels minderjährig gewesen, den Minderjährigen aber, die Rechte nicht zu wissen, ohnehin zu statten kommt r); selbigen auch wider die ihnen nachtheilige Handlungen die Wiedereinsetzung in vorigen Stand sowohl per modum actionis als exceptionis zu suchen, zustehet, in keinen Betracht zu ziehen, und zu Folge dessen auch der darüber deferirte Eyd als unzuläßig anzusehen ist: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die in gedachtem *responso* angeführten Entscheidunsgründe nicht von der Erheblichkeit sind, daß deshalb

n) *l.* 22. §. 8. *D. solut. matrim.* BERGER *oec. iur. lib.* 1. *tit.* 3. §. 8. *not.* 10.

o) *arg. l.* 19. *de in rem verso.* LEYSER *spec.* 171. *med.* 2. WERNHER *tom.* 3. *part.* 1. *obs.* 131.

p) *Dn. de* SELCHOV *in elem. iur. germ.* §. 471.

q) BRUNNEMANN *ad l. vlt. D. ad Sct. Vellej. num.* 16. LEYSER *spec.* 171. *med.* 3.

r) *l.* 9. *pr. D. de iuris et facti ignor.*

deshalb mit beyfälligen Rechten die Frau Baronne von R** zu Bezahlung der 1600 fl. für verbindlich geachtet werden könne. V. R. W.

XXXV.

Rechtliches Gutachten

nach W** im Jenner 1774.

Ein bereits ertheiltes nicht weiter an Andere zu verwilligendes Privilegium betreffend.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung mit einigen Beylagen nebst einer Frage zugeschicket u. d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Hat Johann Wilhelm F**, besage der Beyfuge sub A. am 20 November 1750 das Privilegium, einen Gasthof und öffentliches Wirthshaus zu W** anzulegen, von gnädigster Landesherrschaft, gegen Erlegung 50 Rthl. erhalten. Hat derselbe auch, nachdem besonders Johann Christoph F** und noch ein Anderer zu W** gastirten und beherbergten, sich des Verbiethungsrechtes wider selbige bedienet. Haben aber dieser Johann Christoph F** und der Andere sich darwider aufgelehnet und die sämmtliche Gemeinde auf ihre Seite gebracht, daß Johann Wilhelm F** darüber mit der Gemeinde in einen Proceß gerathen, welcher aber zwischen ihn und der Gemeinde, worunter sich auch Johann Christoph F** befunden, durch den Vergleich sub ☉ am 7den November 1758 beygeleget worden, und, als dessen unerachtet, nach der Zeit Johann Christoph F** und der Andere heimlich das Gastiren und Beherbergen in der Mase fortgeführet, daß besonders Johann Christoph F** diejenigen, welche des Tages über bey ihm gegessen, gegen die Nacht in den ordentlichen Gasthof geschickt, ihnen solche Nahrungsbeeinträchtigung auf Anrufen des Johann Wilhelm F**, von der Landesherrschaft verbothen worden ist. Hat aber, nach dieses Johann Wilhelm F** Tode, der mehrgedachte Johann Christoph F** zu W** ebenfalls ein Privilegium erhalten, wodurch der Jüngere Johann Wilhelm F**, als dermaliger Besitzer seines väterlichen Gasthofes in sehr großen Schaden gesetzet worden. Wird dahero von ihm gefraget:

Ob

Ob die Landesherrschaft dem Johann Christoph F ein dergleichen Privilegium habe ertheilen können?**

Ob nun wohl Johann Wilhelm F** der Aeltere, Inhalts des Documents sub A, auf sein Bitten, von der Landesherrschaft das Privilegium, einen Gasthof und öffentliches Wirthshaus zu W** anzulegen, aus Gnaden ertheilt bekommen hat; dergleichen Freyheitsbegnadigungen aber so beschaffen sind, daß der Fürst selbige auch andern ertheilen kann s); mithin, daß die Landesherrschaft dem Johann Christoph F** eben dergleichen Privilegium habe ertheilen können, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. Quärent anführet, daß sein Vater das qu. Privilegium nicht umsonst, sondern für 50 Rthl. erhalten hat; in demselben auch ausdrücklich enthalten, daß sonst Niemand in W** eines Gastungs- und Herbergsrechtes sich anmasen, auch keiner der dasigen Inwohner und Hausgenossen einigen Weinschank mit dergleichen Arten des Weines als er, Johann Wilhelm F**, einlegen würde, von neuen anfangen solle; und also Quärentens Vater hiedurch, als aus einem Vertrage, daß dieses Privilegium nicht zugleich einem Andern nach der Zeit ebenfalls verwilliget werde, ein vollkommenes Recht erhalten; welches ihm durch das dem Johann Christoph F** ertheilte Privilegium um so weniger geschmälert werden können t), als die Gemeinde zu W**, und darunter auch Johann Christoph F**, sich mit Quärentens Vater, besage des Documents sub ⊙ ausdrüklich dahin verglichen, daß sie ihm, wegen solches Privilegiums nicht nur fernerhin keinen Widerspruch zu erregen, sondern auch selbiges nach allen Punkten und Clausuln anzuerkennen und demselben künftighin auf keinerley Weise Eintrag zu thun, sich verbindlich gemacht haben: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die Landesherrschaft ohne erhebliche und rechtsgegründete Ursache dem Johann Christoph F** nicht eben dergleichen Privilegium als Quärentens Vater erhalten, habe ertheilen können. **V. R. W.**

XXXVI.

s) *l.* 2. §. 2. *et* 3. *D. de precar.*

t) ENENCKEL *de priuil. lib.* 3. *cap.* II. *num.* 44. *seq.* WERNHER *part.* 1. *obs.* 88. CARPZOV *decis.* 87. *num.* 4. *seq.*

XXXVI.

Von der Factorie-Handlung und wenn ehe eine Factur den geschlossenen Kauf beweiset.

§. 1.

Die Handelsleute pflegen bekannter Massen vielfältig Waaren an auswärtigen Orten entweder unmittelbar oder mittelbarer Weise durch andere einzukaufen oder zu verkaufen. Geschiehet es durch andere, so entstehet daher **die Factorie-Handlung.** Diese ist ein besonderes Nahrungsgewerbe, da man andern Leuten mit Einkaufung und Verkaufung der Waaren für einen gewissen Lohn dienet. Dieser Lohn, womit man Jemandes Bemühung, daß er für uns Waaren an auswärtigen Orten einkauft oder verkauft, vergilt, heist **die Provision.** Deren Größe pflegt in einem und einem halben, oder zweyen, oder auch wohl mehrern Thalern von einem Hundert zu bestehen, je nachdem es an einem Orte durch Gewohnheit eingeführet oder unter beyden Theilen verabredet worden ist u). Derjenige, welcher eine Factorie-Handlung treibet, heist **ein Factor.** Die Rechnung, welche über jeden Waaren Einkauf oder Verkauf von dem Factor aufgesetzet worden, heist **eine Factur.** Die Factore pflegen darüber besondere Bücher zu führen, in welchen sie die Facturen, wie sie solche absenden, oder wie sie solche empfangen, ordentlich einschreiben. Dergleichen Bücher heissen **Factur-Bücher.**

§. 2.

Die Factoriehandlung bestehet in einem besondern Nahrungsgewerbe (§. 1). Derjenige, welcher sich damit abgiebet, muß dahero allen Fleiß anwenden, welcher sonst, vermöge der Gewohnheit oder Gesetze des Ortes, von einem Factor erfordert wird. Denn ein Factor begiebt sich dadurch, daß er eine Factoriehandlung treibet, in einen besondern Zustand, da er selbst durch dieses sein Unternehmen zu erkennen giebet, daß er alles dasjenige thun und unterlassen will, was einem treuem Factor

u) Joh. Carl May Versuch einer allgemeinen Einleitung in die Handlungswissenschaft, §. 940. Siehe auch 10. CHRISTO. KOCHII diss. *de mercibus in commissionem datis.* Von Commissions-Waaren. Giess. 1766.

Factor vermöge der Gesetze und Gewohnheiten des Ortes oblieget. Und dahero dürfen seine Verbindlichkeiten und Rechte nicht blos aus einem der Arbeit halber geschlossenen Miethcontracte hergeleitet werden.

§. 3.

Aus dem nächst vorhergehendem folgt also, daß, wenn Jemand damit, daß er für einem andern Waaren einkauft oder verkauft, kein besonderes Nahrungsgewerbe treibet, sondern solches nur zuweilen bey ein oder der andern Gelegenheit, nach geschehenen Auftrage, umsonst oder nur gegen eine Erkenntlichkeit verrichtet, er für keinen Factor, sondern nur für einen blosen Bevollmächtigten oder Commissair zu halten ist. Dessen Rechte und Verbindlichkeiten dahero aus dem Vollmachtscontracte oder auch, wenn er seine Arbeit für einen gewissen Lohn verrichtet, aus dem Miethcontracte beurtheilet werden müssen.

§. 4.

Gesetzt nun, daß Jemand als ein Factor, oder als ein Bevollmächtigter, oder als ein Gemietheter für einem andern Waaren einkauft, und daß darüber eine Factur oder Einkaufrechnung, mittelst einem Verzeichniß der Waaren und ihrer Preise, verfertiget wird; so giebt diese unter Handelsleuten anders keinen Beweiß von dem geschlossenen Kaufe, als wenn die Factur mit dem Facturbuche übereinstimmet. Jedoch macht dieses Buch, wenn es die erforderlichen Eigenschaften hat, nicht einen völligen, sondern nur einen halben Beweiß, daß nämlich der Handelsmann, wie es sonst gemeiniglich bey Handelsbüchern Rechtens ist, deshalb zum Erfüllungseyde gelassen werden muß.

Sollte die Factur nicht aus einem Facturbuche genommen, sondern besonders verfertiget worden seyn; so muß selbige die Nahmen beyder Contrahenten, so wohl des Käufers als Verkäufers, wie auch die Waaren und deren Preiß, wofür sie behandelt worden, und beyder Theile Unterschrift in sich enthalten, wenn sich deren ein Theil wider den andern zum Beweise bedienen will. Denn eine Privatschrift kann wider uns nicht beweisen, als wenn wir sie entweder selbst unterschrieben oder durch einen andern in unsern Nahmen haben unterschreiben lassen, und selbige zugleich die wesentlichen Stücke der Sache in sich faßt, derentwegen der andere uns in Anspruch nehmen will. Die Ursache ist, weil ein Contract ohne Contrahenten und seine übrigen wesentlichen Stücke, dergleichen bey dem Kauf-

Kaufcontracte die Waaren und deren Preiß, wofür man selbige zu eigen zu überlassen auf beyden Seiten einig geworden ist, gar nicht seyn kann.

Rechtsfall.

Der Kaufmann O** hat an dem Kaufmanne M** eine ansehnliche Wechselschuld zu fordern. Dieses seine Vermögensumstände fangen an mißlich zu werden. Er will dahero die Vorsicht gebrauchen von selbigem, weil er die Schuld von ihm in baarem Gelde nicht bezahlt erhalten kann, lieber Waaren, Statt der Bezahlung, anzunehmen. Er, der Kaufmann O**, als der Gläubiger, trägt dahero die Sache einem Advocaten auf, daß dieser für die Wechselschuld von dem Kaufmanne M** Waaren annehmen soll. Dieser Advocat tritt auch mit dem Schuldner deshalb in Unterhandlung, läßt mancherley Waaren von verschiedenem Gewichtsbetrage, nebst dem Preise, von dem Schuldner, wofür sie dieser zu überlassen Willens ist, aufsetzen und dieses Verzeichniß von ihm unterschreiben. Allein er der Advocat, weil er den Preiß der Waaren, ob sie das, wofür sie angesetzet worden, werth sind, nicht verstehet, und dahero lieber seinem Committenten, darüber mit dem Schuldner einig zu werden, überlassen will, schließt mit dem Schuldner unter der Bedingung, daß er die Waaren um den Preiß, wofür sie angeschlagen worden, auf dem Fall, da sie seinem Committenten dafür anständig wären, übernommen haben wollte, keinen Handel, sondern läßt die Waaren nur aus der Absicht abwiegen und versiegeln, damit, wenn sein Committent wegen des Preises mit dem Schuldner einig werden sollte, selbige sogleich alsdenn ohne deshalb eine weitere Reise zu thun, überschickt werden könnten. Nachdem solches geschehen, und ehe noch der Waarenhandel zwischen O** und M** zur Richtigkeit gebracht wird, so geräth M** völlig in eine Abnahme seines Vermögens. Geschwind will O** die versiegelten Waaren abhohlen lassen, um sie für den angeschlagenen Preiß zu übernehmen, damit er bey dem Concurs nicht etwa ganz und gar ein leeres Nachsehen haben möchte. Allein die Waaren werden ihm nicht verabfolget, sondern, auf Nachsuchen des curatoris bonorum et litis, von der Obrigkeit verkümmert. Der Kaufmann O** will darauf die Relaxation des Arrestes bewürken und daß ihm die Waaren, als die seinigen, ungehindert verabfolget würden.

Er stellt zu dem Ende eine Klage wider seinen Schuldner M** an, und giebt darinne vor, daß ihm sein, des Klägers, Bevollmächtigter

diese Waaren in Anhofnung, daß er, Kläger, solches genehmigen würde, bereits abgekauft und selbige von ihm, nach geschehener Zuwiegung, und Versiegelung, auch würklich schon in Empfang genommen hätte.

Beklagter M** leugnet solches, und es wird dahero Klägern, den Grund seiner Klage zu beweisen, auferleget. Kläger tritt nun auch den Beweiß durch eine Eydesdelation, Zeugenverhör und Producirung des von M** über die besagten Waaren verfertigten Verzeichnisses, so er, Kläger, für eine Factur ausgiebet, zwar an, allein, weil er durch dieses alles sein Vorgeben nicht erwiesen, so wurde Beklagter im April 1769 durch folgendes Erkäntniß von der Klage entbunden.

Urthel

Auf Klage, Antwort, geführten Beweiß und erfolgte Sätze, J** G** O**, zu Hof, Klägers an einem, L. G. M**, Beklagtens am andern Theil, f. u. in d. d. e. A. n. e. Fr. z. u. d. u. r. M. v. w. f. w. v. R.

Daß Kläger dasjenige, so ihm zu erweisen auferleget und er sich angemaset, wie Recht, nicht erwiesen; derowegen Beklagter von der wider ihn angestellten Klage zu entbinden und los zuzählen. Es ist auch Kläger die durch diesen Proceß verursachten Unkosten, nach vorhergehender deren Liquidation und richterlichen Ermäsigung, Beklagtem zu erstatten schuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Kläger den Beweißsatz, daß zwischen Beklagtem und seinem, des Klägers, ehemaligen Bevollmächtigten, dem Regierungsadvocat S**, ein würklicher Kram-Laaden-Kauf, sub spe rati, abgeschlossen worden wäre, folgender Gestalt darzuthun sich bemühet, 1) daß solches aus der vom Beklagten eigenhändig unterschriebenen und ad art. prob. 9. inducirten Factur, in gleichmäsigem Betracht der dabey vorgekommenen Umstände sich veroffenbare, masen in der Factur nicht nur die Gröse des Gewichts der erkauften Waaren angesetzet, sondern auch der Preiß beygefüget, der ganze Betrag ausgeschlagen, zusammengerechnet, und die Factur von Beklagtem, als Verkäufern, unterschrieben worden sey; diese Unterschrift aber sein, des Klägers, Bevollmächtigter nicht würde haben geschehen

schehen lassen, wenn man den Verkauf nicht sub spe rati abgeschlossen hätte; hierzu nun auch die besondern Umstände kämen, daß Beklagter ihm, Klägern, einen Wechsel zu zahlen schuldig gewesen, worauf er, Kläger, die Bezahlung verlangt, Beklagter aber kein Geld gehabt, sondern ihm dafür Waaren, Statt der Bezahlung, angeboten, so er, Kläger, nach der Aussage des Zeugens ad art. prob. 16. num. act. 40. angenommen hätte; gleichwohl solches, Falls es kein würklicher Kauf gewesen, nicht geschehen seyn und Beklagter Müller wohl die Worte: wenn wir über den Preiß einig werden können: hinzugesetzt haben würde; und also 2) die Richtigkeit des geschlossenen Kaufs aus des Beklagtens eigenem Geständniß und 3) aus des Zeugens Aussage ad art prob. 18. erhelle, indem Beklagter den Freytag darauf nach Hof zu kommen versprochen, und mithin von ihm, Klägern, ob er den Bedingungsweise abgeschlossenen Kauf genehmigen, oder nicht genehmigen werde, vernehmen wollen; so wohl überdem die Zuwiegung und Versiegelung der Waaren sonst nicht nöthig gewesen seyn würde; endlich auch 4) Beklagtens Eheweib im hochfürstlichen Stadtrichteramte die Worte: es sey ihr gar wohl bewust, daß ihr Mann dem Oertelischen mandatario die quästionirten Waaren würklich verkauft, ausdrücklich gesprochen hätte; solchemnach, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. ad 1) in der vorgeblichen Factur nicht das geringste von einem Verkaufe der darinne verzeichneten Waaren an Beklagten enthalten ist; eine Factur auch, nach der Gewohnheit der Kaufleute, folgende Eigenschaften hat, daß sie oben den Ort, von welchem, sodann den Nahmen ihres Freundes und den Ort, nach welchen, endlich aber und gemeiniglich ohngefähr diese Worte: Eure sandte zu Folge Ordre und für dero Rechnung zu Eurer fernern Disposition: in selbige zu setzen pflegen; welches alles aber in der dermaligen vermeintlichen Factur nicht anzutreffen ist; so wohl Beklagter, wasmasen das Vorgeben, als ob zwischen ihm und Klägers mandatario ein ordentlicher Kauf sub spe rati, wenn nämlich Kläger mit den gestellten Preisen zufrieden wäre, abgeschlossen worden, falsch, dargegen vielmehr wahr sey, daß er, Beklagter, erst mit Klägern wegen der angesetzten Preise in Hof, da zugleich ihm, Beklagten, eine andere Einrichtung mit dem ihm abgezwungenen Wechseln versprochen worden, tractiren sollen und wollen, aber würklich kein Kauf unter ihnen vorgegangen gewesen, juxt. num. act. 21. und 36, eydlich erhärtet hat;

 auch

auch der Zeuge ad art. prob. 16. nichts von einer nach geschlossenem Kaufe geschehenen würklichen Gebung der Waaren, sondern nur dieses: Kaufmann Müller habe gesaget: ich muß dem Herrn Kaufmann Oertel zu Hof einen Wechsel bezahlen, so will ich ihm diese Waaren quaest. geben, wie einem Landkrämer, ich kann solche entbehren, ausgesaget hat; das Wollen geben aber nur in etwas zukünftigen bestehet, daß nämlich Beklagter, wenn er mit Klägern des Handels über die Waaren einig werden würde, selbige ihm zu überlassen Willens gewesen, gestalten Beklagter in dem vorhingedachten Eyde num. act. 21. auch diesen Umstand, daß er nicht gesprochen, er hätte, sondern er wollte nur erst dem Oertelischen mandatario solche Waaren die er entrathen könnte, zu kaufen geben, ausdrücklich beschworen; folglich ad 2) keineswegs die Richtigkeit des geschlossenen Kaufs aus des Beklagtens eigenem Geständniß, vielweniger ad 3) aus des Zeugens Aussage ad art. prob. 18. erhellet, indem dieselbe vielmehr Klägern entgegen stehet, da Zeuge erzählet, wie Klägers mandatarius gesaget, daß, wenn Beklagter den künftigen Freytag nach Hof käme, der Kaufmann O**, oder Beklagter den Preiß dieser qu. Waaren schon setzen würde; welches, daß noch kein Preiß wegen der qu. Waaren ausgemacht worden, klärlich zu erkennen giebet; und also daß eine wesentliche Eigenschaft des Kaufcontracts dabey nicht vorhanden sey, unwidersprechlich darleget; desgleichen die Zuwiegnng und Versiegelung der Waaren, wie Beklagter gleichfalls durch den Eyd num. act. 21. ausser Zweifel gesetzet, lediglich darum, damit, wenn zuvor, er, Beklagter, die Waaren sogleich nachschicken könnte und Klägers mandatarius nicht wieder herauszureisen und Kosten zu machen, nöthig gehabt hätte, geschehen ist; nicht minder dieses, daß Kläger den von Beklagtem geleisteten Eyd damit, daß selbiger Beklagtem nicht zuvor erkläret worden, anfechten will, in einem unerheblichen Einwande bestehet, Theils, weil von einem Handelsmanne, dergleichen Beklagter ist, daß er nicht wisse, worinnen ein Kauf bestehe, gar nicht zu vermuthen stehet, andern Theils, weil Kläger solche Erklärung bey Leistung des Eydes nicht gefordert, dritten Theils, weil Beklagter so viele besondere Umstände beschworen, welche miteinander, daß es über die Waaren weder pure, noch sub spe rati zu einem Kauf gekommen sey, satsam zu erkennen geben; endlich das Vorgeben ad 4) weder bewiesen ist, noch Klägern zu einigem Behuf dienet, masen eine Ehefrau durch ihre Rede, ihrem Manne keinen Nachtheil zuziehen mag, bevorab da das Gegentheil von Beklagtem und selbst durch Klägers Zeugenaussage dargethan worden ist,

ist; solchergestalt Kläger nur muthwillig diesen Proceß geführet hat und dahero, obgleich sein Mandant den Eyd für Gefährde und Beklagter den Haupteyd juxt. num. act. 36. sequ. abgeschworen, mit Erstattung der Proceßunkosten um so weniger zu verschonen ist x), da man, nach dasigem Landesgesetze, besage der davon num. act. 51. befindlichen Abschrift, die Expensen so leichtlich nicht conpensiren soll: So ist demnach wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

XXXVII.

Von dem Reugelde und der disfals stattfindenden Klage.

§. 1.

Das Reugeld ist eine gewisse Summe Geld, wozu ein Paciscent dem andern, auf dem Fall, da er von Seiten seiner das Versprechen wider Willen des andern nicht erfüllte, sich verbindlich macht. Dergleichen kann bey allen Verträgen oder Contracten, welche beyde Theile unter sich wieder aufzuheben die Macht haben, angelobet werden. Geschiehet solches insbesondere bey einem Kaufcontracte, so heist es **der Reukauf** y).

§. 2.

Es kann das Reugeld so wohl wegen erst zu schliessender, als auch wegen Vollziehung bereits geschloßner Contracte verabredet werden z), bey jenem geschiehet es um deswillen, damit der andere desto eher mit uns den Contract errichte, bey diesem aber, aus der Ursache, damit der andere den geschlossenen Contract nicht so leichte unerfüllt lasse, woferne er widrigen Falls das Reugeld nicht einbüssen will.

§. 3.

Aus dem gegebenen Begriffe vom Reugelde (§. 1.) folgt unmittelbar, daß, wenn beyde Theile aus freyen Stücken den Vertrag wiederum aufhe-

x) LEYSER *spec.* 88. *med.* 11. Seyfart in Reichsproceß *cap.* 23. §. 3.

y) ANT. IOS. MADAME *de mulcta poenitentiali* Argent. 1708. 10. AVG. BACH diss. *de mulcta poenitentiali in emtione venditione.* Lips. 1756.

z) *l.* 17. *C. de fide instrum. pr. I. de emt. vend.*

aufheben, keiner dem andern zum Reugelde verbunden ist a). Ferner kann es auch mit dem Begriffe des Reugeldes gar wohl bestehen, daß man zu dem Reugelde entweder wegen eines einfachen, oder auch wegen eines gedoppelten Endzweckes sich verbindet. Es kann nämlich solches zur Strafe der Untreue, daß man aus freyem Willen von dem Versprechen abtritt, oder auch zur Vergüthung des Vortheils und Schadens geschehen, so dem andern den Contract zu erfüllen bereit gewesenen Theil deswegen entgehet oder daraus entspringet, daß der andere sein Versprechen entweder nicht erfüllen will oder nicht erfüllen kann b). Jedoch wird dieses letztere, daß man nämlich auch auf dem Fall, da man das Versprechen zu erfüllen ohne seine Schuld nicht im Stande wäre, das Reugeld versprochen haben wollte, nicht vermuthet, sondern dieses bedarf einer deutlichen Abrede, weil ordentlicher weise Niemand dem andern deswegen, was er zu halten nicht vermögend seyn sollte, etwas zu versprechen pfleget, und das Reugeld, nach seiner wörtlichen Bedeutung, nur das Geld, so man seiner Reue wegen verspricht, anzeiget. Eine Reue aber hieselbst eine freywillige Handlung, da man den Vertrag zu halten keine Lust hat, zu ihren Wesen erfordert.

§. 4.

Ferner kann das Reugeld nicht nur gleich zu der Zeit, da es verabredet wird, dem andern zu dem Endzwecke, daß man solches einbüssen wolle, wenn man das Versprechen nicht hielte, gegeben, sondern auch, nur erst auf diesen Fall künftig zu zahlen, versprochen werden.

§. 5.

Ist das Reugeld schon zum voraus gegeben worden (§. 4.) so braucht derjenige, welchen es gegeben worden, deshalb keine Klage, wenn der andere seinem Versprechen kein Genüge leistet, weil er alsdenn dasselbe abgeredeter Masen nur zu behalten braucht. Hingegen derjenige, welcher das Reugeld bereits voraus bezahlet hat, kann solches nur in gewissen Fällen wiederum zurückfordern, als 1) wenn er bey der Nichterfüllung seines Versprechens ausser aller Schuld ist c), und das Reugeld auch auf diesen

a) *l.* 11. §. 6. *D. de act. emt. vend.*

b) *l.* 47. *D. de act. emt. vend.*

c) LAUTERBACH in *coll. pract. lib.* 18. *tit.* 1. §. 71. *et* in diss. *de arrha eiusque iure*, *cap.* 8. *sect.* 5. *th.* 135. Tub. 1657.

diesen Fall nicht ausdrücklich versprochen worden (§. 3); hat er also die Unmöglichkeit sich zum voraus vorstellen können, oder solche wohl gar schon vorhergesehen d), oder auch auf den Fall der unmöglichen Erfüllung das Reugeld einzubüssen versprochen, so muß er auch hierinne sein Versprechen halten, und ist in diesem Falle das Reugeld als eine Vergüthung des andern seines Interesse (§. 3.) anzusehen; 2) kann der Reuende das gegebene Reugeld wieder zurückfordern, wenn der andere mit ihm den Vertrag aus freyem Willen wiederum aufhebet (§. 3). In allen diesen Fällen, da der Reuende das Reugeld von dem andern wiederum zurückfordert, ist die Klage, womit solches geschiehet, die condictio sine causa e).

§. 6.

Ist hingegen das Reugeld noch nicht gegeben, sondern erst künftig zu zahlen versprochen worden (§. 4); so ist solches entweder gleichsam zur Strafe der freyen Nichterfüllung des Versprechens verabredet worden, oder auch auf dem Fall, da man sein Versprechen nicht sollte erfülien können (§. 3). Ist das letztere, so ist derjenige, welcher sein Versprechen nicht erfüllen will oder nicht erfüllen kann, dem andern dasselbe zu entrichten verbunden, und kann ihn dieser deshalb mit der Klage, so aus dem Contracte entspringet, wobey das Reugeld bedungen worden, schlechthin belangen. Ist hingegen das erste, wie dieses in zweifelhaftem Falle auch zu vermuthen (§. 3), und es wird da das Versprechen nicht erfüllt; so geschiehet dieses entweder um deswillen, weil man nicht will, oder weil man nicht kann. Ist jenes, daß man nicht will, so muß der Reuende das Reugeld bezahlen, und hat der andere, sobald sich veroffenbaret, daß sein Paciscent sein Versprechen nicht erfüllt, zum Exempel, wenn er die Zeit, binnen welcher solches geschehen sollen, fruchtlos verstreichen lassen, die Wahl, ob er ihn schlechthin auf die Bezahlung des Reugeldes mit der aus dem Contracte entspringenden Klage belangen f); oder wider ihn alternativisch, daß er entweder noch sein Versprechen erfülle, oder das Reugeld bezahle, klagen will g). Daß das erste auch geschehen könne, ergiebet sich daraus, weil des sein Versprechen zu erfüllen

d) *l.* 5. *C. de sponsal. et arrh. l.* 16. *C. de episc. aud. l.* 9. *D. de negot. gest. C. Nulli* X. *de accus.* LAUTERBACH in *colleg. pract. lib.* 18. *tit.* 1. *§.* 72.

e) *l.* 11. *§.* 6. *D. de act. emt. vend.*

f) *l.* 47. *D. de act. emt. vend.*

g) BERGER *par.* 2. *supplem. ad elect. disc. for. tit.* 42. *obs.* 1. *num.* 3.

len bereit gewesenen Theils sein Recht das Reugeld zu fordern, gleich mit des andern seiner sich zu Tage legenden Reue würksam wird. Will nachhero der Reuende etwa wiederum umkehren und sein Versprechen ohne Bezahlung des Reugeldes noch erfüllen wollen, so braucht der andere, wegen seines sich erworbenen und bereits zur Ausübung gediehenen Rechtes, sich solches wider seinen Willen nicht gefallen zu lassen. Nunmehro ist des Reuenden Willensänderung zu spät h).

§. 7.

Ereugnete sich endlich der Fall, daß das Reugeld zur Strafe der freyen Nichterfüllung des Versprechens verabredet worden, und man will zwar aber man kann sein Versprechen nicht erfüllen (§. 6); so ist man dabey entweder auf irgend eine Art in Schuld, oder nicht. Ist das letzte, so wird der nichterfüllende Theil von der Bezahlung des Reugeldes frey. Denn wo keine Schuld, da ist auch keine Strafe i). Es hat aber derselbe den ungefähren Zufall, derentwegen er dabey gar nicht in Schuld seyn will, zuförderst, weil selbiger nicht vermuthet wird, darzuthun k). Ist das erste, so muß der nicht erfüllende Theil das Reugeld bezahlen l), und kann ihn der andere, wie vorhin (§. 6) gezeiget worden, schlechthin deshalb aus dem Contracte belangen.

Rechtsfall.

Es verkaufen die D** schen Eheleute, zu Ende des Octobers 1763 ihr Wohnhaus an die W** schen Eheleute für 2550 fl. Es wird dabey verabredet, daß Käufer das Haus binnen einem viertel Jahre beziehen und vor dem Einzuge, auf Abschlag des Kaufschillings, 750 fl. baar bezahlen, das übrige aber, bis auf vorhergehende ein vierteljährige Aufkündigung, bey Käufern stehen bleiben sollte. Beyde Theile, so wohl Verkäufer als Käufer, setzen auch einen Reukauf zu 300 fl. feste, welche der reuende Theil auf den Reuungsfall dem andern ohne Widerrede zu bezahlen schuldig und gehalten seyn soll.

Das

h) Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam. *l. 75. D. de reg. iur.*

i) *l. 22. C. de poenis.*

k) CARPZOV *par. 2. const. 26. def. 17.*

l) *l. 11. §. 1. D. loc. cond. l. 5. §. 4. et 7. D. commod.*

Das Vierteljahr verstreicht, ohne daß Käufere das gekaufte Haus beziehet und das Angeld der 750 fl. bezahlet. Die Ursache davon ist, weil während dessen ein Concurs über des Mitkäufers W** Vermögen entstehet, welchen er durch den Kauf abzuwenden Willens gewesen, aber dennoch nachhero nicht verhindern können. Es klagen derohalben im Februar 1764 die Verkäufere wider die Käufere sowohl auf die Bezahlung der versprochenen 300 fl. Reugeld, als auf die Ersetzung alles weiter entstehenden Schadens und der Kosten.

Beklagte Käufere schützen vor 1) daß Klägere bey dem Verkaufe nicht ehrlich und aufrichtig zu Werke gegangen, 2) daß selbiger auch um deswillen unverbindlich sey, weil er, der fürstlichen Landesordnung zuwider, nicht gerichtlich angezeiget worden wäre.

Klägere antworten darauf, und es wird am 23. Julius 1764 der Bescheid ertheilet, daß Beklagte die 300 fl. Reukaufsgelder nebst den erweislichen Schäden und Unkosten Klägern bezahlen sollen, sie könnten denn den Abseiten der Klägere bey dem quästionirten Handel angeblich vorgegangenen Betrug würklich annoch rechtsbehörig erweisen.

Beklagte appelliren wider diesen Bescheid, indem sie vermeinen, daß der Contract, wegen der dabey unterlassenen gerichtlichen Anzeige, gleich hätte für null, und Klägere mit ihrem Suchen abgewiesen werden sollen. Allein der Bescheid wurde mit Vertheilung der Beklagten in die Unkosten durch eine in der Appellationsinstanz am 22ten Febr. 1765 gesprochene Sentenz bestätiget.

Hierauf treten Beklagte den ihnen in dem ersten Bescheide vorbehaltenen Beweiß an. Allein, weil die Zeugen mehr wider als für sie aussagen, und während dessen die Mitbeklagtin, weil ihr Ehemann verarmet, der 300 fl. Reukaufsgelder wegen, von Klägern alleine in Anspruch genommen worden, so wird am 19den May 1769 folgender Bescheid ertheilet:

Nachdem beklagte Eheleute dasjenige, was ihnen in dem schon am 23ten Julii 1764 bey dem Oberamt publicirten und von hochfürstlicher Regierung confirmirten Bescheide annoch zu erweisen vorbehalten worden, und sie sich auch sofort angemaßet, gar nicht erwiesen; so wird es nunmehro bey sothanen rechtskräftigen *iudicato*

lediglich gelassen, anbey auch mitbeklagte W**sche Ehefrau hiermit schuldig erkannt, die Hälfte des vorangezogenen *iudicati* aus dem Ihrigen an Klägere zu bezahlen. V. R. W.

Die mitbeklagte W** sche Ehefrau appellirt wider diesen Bescheid, und stehet in den Gedanken, daß, weil der von ihrem Ehemanne unternommene Kaufcontract für kein mit ihr gemeinschaftliches Geschäfte zu halten sey, sie auch wegen der Hälfte der Reukaufsgelder nicht zu haften brauche. Allein der Bescheid wird durch die am 23ten November 1767 eröfnete Appellationssentenz bestätiget, und die Beklagtin zugleich in die Unkosten verdammet.

Die Beklagtin ergreift wider diese Sentenz das remedium reuisionis. Die Acten werden hieher geschicket, und der Schöppenstuhl spricht im April 1769 folgendes

Urthel.

Auf eingewandtes remedium reuisionis, dessen Justification, darwider vorgeschützte Einreden und fernere Schriften, des Bürgers und Krämers Wannenmachers Ehefrauen, Friedericken Charlotten Wannenmacherin, Beklagtin und Revidentin an einem, des Hofperuquier Dubuc und dessen Ehefrau, Klägern und Revisen am andern Theil, s. u. i. d. d. e. A. z. u. d. u. r. M. v. w. s. w. v. R.

Daß es, des eingewendten *remedii reuisionis* ungehindert, bey der am 23 November 1767 eröfneten *num II act. app.* befindlichen Sentenz billig verbleibet. Es ist auch Beklagtin die Unkosten des verzögerten Processes Klägern zu erstatten schuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Beklagtin, weder die Hälfte der ihr in dem num. I act. app. in Abschrift befindlichen Bescheide zuerkannten Reukaufsgelder, noch die Unkosten des Processes Klägern zu bezahlen verbunden zu seyn, vermeinet, und dieserhalb, zu Begründung ihrer wider die num. II act. app. befindliche Sentenz gerichteten Beschwerden, anführet, 1) daß man auf das Fürstl. Landrecht cap. von Kauffen und Verkauffen, nicht gesehen, welches doch fürnämlich um deswillen, weil der qu. Kaufcontract nicht gericht-

gerichtlich angezeiget worden, und deshalb unverbindlich wäre, hätte geschehen sollen, masen da 2) der qu. Kaufcontract solchergestalt ungültig wäre, auch der darinne bedungene Reukauf mit selbigem wegfiele, zumal, da 3) ohnehin die von Klägern angestellte Klage ungeschickt wäre, indem er darinne seiner Seits zur Erfüllung des Kaufcontractes sich nicht angeboten und nicht alternativisch, daß Beklagte entweder gleichergestalt den Contract erfüllten, oder ihm die Reukaufsgelder bezahlten, gebeten, sondern schlechterdings die Reukaufsgelder gefordert hätte; hierzu nun auch 4) noch käme, daß, wenn man auch den Kaufcontract allenfalls für gültig anzusehen hätte, sie dennoch, weil sie ihrer Seits nicht aus freyem Willen den Contract sich reuen lassen, sondern an dessen Erfüllung durch das inzwischen ausgebrochene Falliment ihres Mannes Vermögen und den darüber förmlich eröfneten Concurs ohne ihre Schuld verhindert worden wäre, indem sie bey selbigen durch einen Geld splitternden Proceß ihr Eingebrachtes zurück fordern müssen, welches sie allenfalls lieber zur Erfüllung des Contractes, so viel ihr dabey obliege, anwenden, als die Reukaufgelder bezahlen wollte; dahero denn sie 5) dieser sämtlichen Gründe wegen, auch nicht für eine muthwillige Streiterin gehalten werden möge; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dürfte:

D. a. u. d. ad 1) die Würkung eines verabredeten Reukaufs darinne bestehet, daß, wenn auch ein Kauf noch nicht zu seiner vollkommenen Verbindlichkeit gediehen, derjenige Theil, welcher selbigen dahin zu bringen sich weigert, die Summe, woraus der Reukauf bestehet, dem andern Theil, der seiner Seits sein Versprechen zu erfüllen, sich nicht geweigert hat, zu entrichten verbunden ist m), masen eben deswegen, daß man dasjenige, so man zu leisten versprochen, sich reuen läßt, oder nicht zur Erfüllung bringet, der Reukauf bedungen zu werden pfleget; Beklagtin nun aber mit ihrem Ehemanne, besage der Kaufnotul, ad num. 1 act. prim. inst. in Gegenwart eines ausdrücklich erbetenen notarii mit zweyen Zeugen, einen freyen und ungezwungenen Kauf und Verkaufcontract ehrlich und aufrichtig dahin verabredet und geschlossen, daß sie das von Klägern ihnen für 2550 fl. erkaufte Wohnhaus in einem Vierteljahre zu beziehen und vor dem Einzuge, auf Abschlag des

 Kauf-

m) *l.* 17. *C. de fide instrum. et pr. const.* 33. *def.* 14. *num.* 12. *Inst. de emt. vend.* CARPZOV. *part.* 2.

Kaufschillings 750 fl. baar zu bezahlen versprochen, so wohl in dem §. 4. gedachter Kaufnotul Verkäufere und Käufere einen Reukauf zu 300 fl. stipuliret und festgesetzt haben, welche der reuende Theil, auf dem Reuungsfall, dem andern ohne Widerrede zu bezahlen schuldig und gehalten, den Kaufbrief aber, nach dem §. 5. der Kaufnotul, die käuferische Dubucische Eheleute, und also auch dermalige Beklagtin, der Ordnung nach, auf ihre Kosten alleine stellen sollen; diese Kaufnotul auch, nach eydlicher Aussage des ersten und zweyten Zeugens ad int. spec. art. prob. 1 num. 10 b act. appell. beyderseitigen contrahirenden Eheleuten vom notario zweymal ganz deutlich vorgelesen worden ist, und als man dieselben insgesammt darüber, ob sie wegen der darinn enthaltenen wichtigen Puncte also würklich einig geworden? befraget, sowohl die Wannenmacherischen, als auch die Dubucischen Eheleute mit Ja geantwortet haben, und darauf deren und der übrigen Anwesenden allerseitige Unterschrift dergestalt, daß, nach eben dieser Zeugenaussage ad interrog. spec. 4. art. prob. 1, bey diesem Geschäfte nicht der geringste Betrug vorgegangen, erfolget ist; nicht minder der Beklagtin Ehemann und Mitkäufer, besage des Attestats sub B. ad num. 3. act. pr inst., selbst den Kauf dem Saup, welcher nach dem Berichte des iudicii, num. 6. eor. act. Fürstlicher Steuer-Commissär, Stadtschreiber und Verfertiger der Kaufbriefe ist, den Kauf selbst am 26ten November 1763 angezeigt und den Kaufbrief darüber würklich hat ausfertigen lassen; solchergestalt eines Theils, wie hierbey wider die Fürstl. Landesordnung gehandelt worden sey, nicht abzusehen, andern Theils, wenn ausserdem noch eine besondere gerichtliche Insinuation des Kaufbriefes erforderlich gewesen, Beklagtin selbst in Schuld ist, daß sie nicht gleich anfänglich solches verlanget, und hierdurch auf die völlige Vollziehung des Contracts gedrungen hat; vielmehr dieselbe bey dessen Unterlassung, und daß sie mit ihrem Ehemanne binnen dem verabredeten einem Vierteljahre das erkaufte Haus nicht bezogen, und die 750 fl. auf Abschlag nicht bezahlet, den Kauf nicht halten zu wollen, genugsam zu erkennen gegeben hat; folgbar, da diesen Gründen nach, der Contract nicht für ungültig geachtet werden mag; auch die ad 2) von der Beklagtin gemachte Folgerung, daß sie zu Entrichtung der Reukaufsgelder nicht verbunden, ganz irrig ist; sodann ad 3) Beklagtin schon vom Anfange dieses Processes her, den Contract zu halten, sich geweigert, und dahero Kläger sein Suchen alternativisch einzurichten nicht nöthig gehabt, dieses auch ohnehin bey einem bedungenem Reukaufe dem Kläger nicht oblieget n); ferner

n) BERGER *in part. 2. suppl. ad elect. disc. for. tit. 42. c. 1. pag.* 847.

ferner ad 4) der Reukauf eben nicht dieses, daß einer aus freyem Willen den Contract nicht erfüllt, zu seinem Wesen erfordert, gestalten derjenige, welcher den Contract zu halten nicht abgeneigt ist, darunter, daß allenfals der andere, welcher zum Voraus gesehen, oder doch leicht zum Voraus einsehen können, daß er selbigen nachhero zu halten nicht im Stande seyn würde, nicht zu leiden braucht, sondern ein jeder die Widerwärtigkeit, so ihm auf die Art begegnet, selbst tragen muß o); Beklagtin aber selbst num. 20. act. app. gedenket, daß ihr Mann des Kaufcontracts nur als eines Rettungsmittels gegen seine häufigen Gläubiger sich bedienet hätte, demungeachtet aber nachhero der Concurs erfolget wäre; welchen sie also leichte zum Voraus sich vorstellen können, und daß dadurch sowohl er, als sie an Erfüllung des Kaufcontracts verhindert werden würde; hiernächst Beklagtin, da sie gleich anfänglich an den Contract nicht gebunden zu seyn, vorgegeben, sich nunmehro zu dessen Erfüllung nicht anerbiethen kann, zumal da solches ohne die gänzliche Uebernahme des Hauses, gegen Bezahlung des völligen Kaufgeldes, füglich nicht geschehen mag, und das Vierteljahr, binnen welchen sie nebst ihrem Ehemanne das Haus gegen eine abschlägliche Zahlung von 250 fl. zu beziehen versprochen, längstens verstrichen ist; und daher Klägern, blos die Reukaufsgelder fordern zu können ein Recht zustehet; folglich ad 5) Beklagtin allerdings ohne wahrscheinlichem Grund den Proceß bisher geführet, und gleichergestalt nur vergeblich das remedium reuisionis wider die vorige Sentenz ergriffen hat: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

XXXVIII.

Ob ein Ehemann, der eine ledige Weibesperson beschlaffen, selbige auszustatten verbunden?

§. 1.

Die Rechtslehrer sind in der Entscheidung dieser Frage sehr verschieden. Von einigen wird selbige schlechthin bejahet p), von andern wird sie schlecht-

o) *l. 5. C. de sponsal. et arrhis,* LAUTERBACH in *coll. pract. lib. 18. tit. 1.* §. 72.

p) LANCELLOTTUS in *instit. iur. can. lib. 4. tit. 8. §. 3.* ZIEGLER in *notis ad* LANCELLOTTUM l. c. BERGER *oec. iur. lib.*

schlechthin verneinet q), und noch von andern wird sie nach Unterschied der Fälle entweder bejahet oder verneinet r).

§. 2.

Die Gründe dererjenigen, welche die Frage schlechterdings bejahen, sind, weil die wahre Ursache, weshalb überhaupt der Schwängerer die Geschwächte auszustatten verbunden, darinne, daß er sie zur Unzucht verführet hätte, bestände. Daß dahero diese Ausstattung als eine Ersetzung des ihr aus der Schwächung entspringenden Schadens anzusehen wäre. Denn so enthielte selbst die heilige Schrift im 2ten Buch Mose am 22ten, v. 16: **Wenn jemand eine Jungfrau beredet, die noch nicht vertrauet ist, und beschläfet sie, der soll ihr geben ihre Morgengabe, und sie zum Weibe haben.** Nun folgern sie, dergleichen Beredung findet so wohl bey einer ledigen Mannsperson, als einem Ehemanne Statt; ja letzterer sündigte noch mehr als jener, und sey er dahero um so viel mehr zur Ausstattung verbunden.

§. 3.

Hingegen diejenigen, welche die Frage schlechterdings verneinen, beziehen sich darauf, daß die Verbindlichkeit, einer geschwächten Weibesperson die Ausstattung zu geben, nur darauf, weil der Schwängerer selbige zu heyrathen keine Lust hätte, beruhete, und also die Ausstattung die Stelle der Ehe vertrete. Folglich wo die Ehe, wie bey einem Ehemanne, mit der Geschwächten unmöglich wäre, da fiele auch die Verbindlichkeit sie zu dotiren hinweg; indem da keine subsidiarische Verbindlichkeit seyn könnte, wo keine Hauptverbindlichkeit anzutreffen wäre.

§. 4.

Endlich die Meinung dererjenigen, welche die Frage, nach Unterschied der Fälle, entweder bejahen oder verneinen, belangend, so machen

lib. 1. *tit.* 3. §. 10. *not.* 12. AVG. de LEYSER *spec.* 583. *med.* 8. BOEHMER *obs.* 7. ad CARPZOVII *pract. rer. crim. par.* 2. *qu.* 68. ENGAV *par.* 1. *decis.* 326. *num.* 12.

q) CARPZOV in *pract. rer. crim. par.* 2. *qu.* 68. *n.* 66. MEVIVS *ad ius lubec. lib.* 4. *tit.* 5. *art.* 1. *num.* 9 *et* 15. PVFENDORF in *obseruat. iur. vniu. tom.* 1. *obs.* 44. GEB. CHR. BASTINELLER diss. *de dote virgini a marito vitiatae non praestanda.* Viteb. 1715.

r) RICHTER *decis.* 88. *num.* 14. BVRC. BARDILI in diss. *de satisfactione stupratae c.* 3. *m.* 3. *num.* 35. Tubing. 1685.

machen selbige diesen Unterschied, man solle Acht haben, ob die Geschwächte entweder gewußt, daß derjenige, welcher mit ihr zuthun gehabt, ein Ehemann sey, oder ob sie dieses nicht gewußt. Im ersten Falle wird von ihnen die vorhingedachte zweyte Meinung (§. 3) angenommen und die Frage verneinet, weil die Weibesperson, welche wissentlich mit einem Ehemanne sich abgiebet, auch gewußt, daß er sie nicht heyrathen könne, und er ihr also auch, weil ohne Ehe keine Ausstattung zu gedenken, diese zu entrichten nicht schuldig sey. Daß sie also durch ihre eigene Schuld, indem sie sich mit einem Ehemann eingelassen, sich um die Ausstattung gebracht hätte. Im zweyten Falle aber wird der obigen ersten Meinung (§. 2.) Beyfall gegeben, da der Ehemann wegen seines Betruges, daß er ihr seinen Ehestand verborgen gehalten, sich mit ihr abzufinden schuldig ist.

§. 5.

Diese letztere Entscheidung (§. 4) scheint mir auch die billigste zu seyn. Denn ist gleich der Schwängerer, wegen der von ihm geschehenen Verführung der Weibesperson, selbiger eine Genugthuung zu verschaffen verbunden, so bestehet solche, dem Gewohnheitsrecht nach, doch hauptsächlich nur darinne, daß er sie heyrathe, damit er sie, wie man spricht, wegen der ihr angethanen Schande, durch die Heyrath wiederum zu Ehren bringe. Wird ihm nun gleich, dem Gerichtsbrauche nach, Statt der Ehe sich mit ihr abzufinden, vergönnet, und daß diese Abfindung eigentlich für keine Aussteuer oder Mitgift, sondern nur für eine nach der Größe der Mitgift bestimmte privat Satisfaction zu halten, so geschiehet diese Satisfaction doch nicht des Beyschlafs, sondern der verweigerten Ehe willen s), weil sie selbst in den Beyschlaf gewilliget, und dieses gemeiniglich nur aus der Hofnung, daß der Schwängerer, nach vollbrachter That, sie nicht ehelos lassen werde, von ihr zu geschehen pfleget. Welcher Grund aber bey einer Weibesperson, die sich wissentlich mit einem Ehemanne fleischlich vermischet, offenbar hinweg fällt. Dem nun auch die bey der ersten Meinung (§. 2) angeführte Stelle aus der heiligen Schrift, welche in dem päbstlichen Rechte *c. 1. X. de adult. et stupr.* wiederholet worden t), nicht entgegen stehet; angesehen dieselbe, wie auch

s) STRYK in *usu mod. Pand. lib.* 48. *tit.* 5. §. 20.

t) *Si seduxerit quis virginem nondum desponsatam, dormieritque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem. Si vero pater virginis dare noluerit, reddet pecuniam*

auch aus dem 5ten Buche Mose am 22ten, v. 28 und 29 erhellet, nur von einer Jungfer, so nicht verlobet ist, redet, und dahero, daß es von solchen, welchen zur Zeit des Beyschlafs wegen künftiger Verehligung nichts im Wege stehet, verstanden werden müsse, von den Rabbinen behauptet worden ist u). Sodann, wenn auch allen Falls dieses Mosaische Gesetz zugleich auf die Ehemänner, die mit einer ledigen Dirne fleischliche Unzucht getrieben, um deswillen, weil zu der Zeit noch die Vielweiberey erlaubt gewesen, angewendet worden, dieses jedoch nunmehro unter den Christen, da so wohl nach geistlichen als weltlichen Rechten die Vielweiberey verbothen x), nicht mehr Statt findet. Hiernächst sündiget auch gleich ein Ehemann bey dergleichen unerlaubten Beyschlafe mehr als eine ledige Mannsperson, so erschweret dieses wohl seine Strafe, allein diese darf auf eine Verbindlichkeit, der Weibesperson Statt der Ehe eine Ausstattung zu geben, unter den Umständen, da sie von seinem Ehestande gewust, um so viel weniger gezogen werden, als wie viel mehr sie deshalb, mit ihm sich einzulassen und dadurch zugleich seine Ehegattin zu beleidigen, hätte unterlassen sollen. Derowegen denn auch von dem hiesigen Schöppenstuhle, wie aus folgenden nach R** im Altenburgischen, im November 1768 gesprochenen Urthel erhellet, in solchem Falle der Geschwächten die Abfindung nicht ist zuerkannt worden.

Urthel

Als uns die in Denunciations Sachen Rosinen Marien Pl, einer ledigen Dirne, Denuntiantin an einem, Hanns Andreas Pl**, eines Ehemannes, Denuntiatens am andern Theil, ergangenen Acten, so wohl was beede zu ihrer Vertheidigung in Schriften fürgestellet, zugleich auch in Ansehung des von ersterer auf Privatsatisfaction gerichteten Suchens, gegen einander verhandelt haben, nebst einer Frage zugeschickt, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen wir vor Recht:**

Daraus

tantam iuxta modum dotis, quam virgines accipere consueuerunt.

u) SELDENVS *de uxor. Ebr. lib.* I. *c.* 16. *p.* 86.

x) *c.* 19. X. *de spons. C.* 4. 5. X. *de eo, qui duxit in matrim. c.* 2. X. *de sec. nupt. l.* 2. *C. de incest. nupt. l.* 18. *C. ad leg. Iul. de adult. Constit. crim. car. art.* 121.

Daraus so viel zu befinden, daß ermeldte beede Inculpaten ihres mit einander begangenen und gestandenen einfachen Ehebruchs halber, nach abgeschworner Urphede, mit Landesverweisung, und zwar Hanns Andreas Pl** in Ansehung der von seinem Eheweibe, *juxt. fol. act.* 41. ihm angediehenen Condonation, auf ewig, Rosine Maria Pl** aber, in Betracht ihrer Minderjährigkeit und verschiedener anderer eine Strafminderung begründender besondern Umstände, auf 6 Jahre in Strafe zu nehmen, sowohl jedes zur Erstattung seines Theils bey dieser Untersuchung aufgelaufener Unkosten nicht unbillig anzuhalten. Es ist auch Pl ** sein Eheweib aus dem Lande mit wesentlicher Wohnung zu folgen schuldig. Hiernächst, der Pl** auf Privatsatisfaction gerichtetes Suchen belangend, ist zwar Pl** derselben, daferne sie eines Kindes genesen sollte, zur Unterhaltung desselben, so lange, bis selbiges sein Brod selbst verdienen kann, jährlich 8 Mfl. zu reichen verbunden; da hingegen deren an Pl** wegen einer ihr zu leistenden Abfindung gemachter Anspruch nicht Statt hat. Von Rechtswegen.

XXXVIIII.

Wenn der Bräutigam die Braut, vor geschehener Trauung, wider ihren Willen zum Beyschlaf zwingen wollen, so giebt ihr dieses eine rechtmäsige Ursache, aus welcher sie die Trennung der Verlöbnisse fordern kann.

§. 1.

Vor geschehener Trauung hat kein Theil der Verlobten ein Recht von dem andern den Beyschlaf zu verlangen y). Ja, es wird derselbe, wenn er auch gleich mit beyder Theile Bewilligung geschehen seyn sollte, von der Obrigkeit als ein solcher, der anticipirt worden, bestraft.

§. 2.

Nun kann zwar die Braut deswegen, daß ihr der Bräutigam vor geschehener Trauung eine fleischliche Vermischung blos mit Liebesschmei-

y) CARPZOV in *iurispr. eccl. lib.* 2. *def.* 130 und 131.

cheleyen zumuthet, keine Trennung des Verlöbnisses suchen z), allein wenn er sie sogar mit Gewalt zum Beyschlafe zwingen wollen, so giebt dieses dazu eine gerechte Ursache ab. Sie kann solches, weil es wider ihre Ehre und Keuschheit ist, für eine gröbliche Beschimpfung aufnehmen. Derentwegen sie nicht nur wider ihn die Injurienklage anstellen a), sondern auch selbst die Aufhebung der Verlöbnisse verlangen kann b).

§. 3.

Es ist dieses um so billiger, wenn der Bräutigam, von dem unzüchtigen Beyschlafe abzustehen, keinen Vorstellungen Raum gegeben, sondern vielmehr, um seine geilen Lüste zu sättigen, die Braut, zu wiederhohlten malen, zum Beyschlafe zu zwingen sich unterfangen haben sollte. Denn ein jedes Versprechen enthält stillschweigend die Bedingung, wenn die Sache in dem Zustande verbleibt, das ist, wenn nach der Zeit nicht solche Umstände entstehen, unter welchen man, wenn man sie vorher hätte wissen sollen, das Versprechen nicht gethan haben würde. Folgbar, wenn sich auch nach einem gültig eingegangenen Verlöbnisse die Umstände dergestalt verändern, daß der Verlobte, Falls sie ihm vorher bekannt gewesen seyn sollten, das Verlöbniß nicht errichtet haben würde, so giebt ihm auch dieses eine rechtmäsige Ursache, deshalb die Trennung der Verlöbnisse zu verlangen c).

Rechtsfall

Es hat sich Jemand mit einer Weibesperson auf gültige Art verlobet. Er sucht sie nachhero zur Unzucht zu verführen, und weil sie ihm dieses durchaus versaget, wirft er sie aufs Bette und will sie mit Gewalt zur Vollbringung des Beyschlafs zwingen. Sie reißt sich aber los, nimmt solches als eine grose Beschimpfung auf, und klagt deshalb nachhero wider ihn auf die Trennung der Verlöbnisse.

Er hingegen, will solches für keine Beschimpfung, sondern nur für eine Liebkosung halten. Was er gethan, wäre mit ihrer Zufriedenheit geschehen. Er schützt auch vor, daß sie nach der Zeit ganzer drey Wochen,

z) WERNHER in *sel. obs. for. part.* 1. *obs.* 25.

a) *l.* 9. §. 4. und *l.* 10. *D. de iniur.*

b) BRVCKNER in *decis. matrim. cap.* 1. *num.* 59.

c) *c.* 25. X. *de iureiur.* IVST. HENN. BOEHMER diss. *de probatis repudiorum caussis. cap.* 2. §. 1. *et* 23. Hal. 1718.

chen, mit ihm vergnügt gelebet, ihn geküsset, und sich küssen lassen, ingleichen mit ihm auf die Naumburger Messe gereiset, und daselbst als Braut die Glückwünsche und einige Geschenke angenommen hätte. Läßt sich aber doch auf die Klage ein.

Sie aber widerspricht seinem Anführen, und gedenket bey den Handlungen, woraus Beklagter die Remißion der allenfalsigen Injurie folgern wollen, daß sie dazu von ihrer Mutter gezwungen worden sey.

In dieser Sache wurde im December des 1770sten Jahres nach G** folgender Masen gesprochen:

Urthel.

Auf erhobene Klage, erfolgte Antwort und ferneres Einbringen Actorn Curatorn Johannen Christianen H**, Klägers an einem, Christ. Fried. S**, Beklagtens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. A. z. u. d. u. r. M. v. w. s. w. v. R.

Dieweil Beklagter auf die erhobene Klage sich eingelassen, und deren nicht allenthalben geständig: So ist Kläger den Grund derselben, und so viel ihm daran verneinet worden, binnen vier Wochen, mit Vorbehalt des Beklagtens Gegenbescheinigung, beyder Theile Eydesdelation und anderer rechtlichen Nothdurft, gebührend zu bescheinigen verbunden. Ergehet darauf ferner was Recht ist. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl 1) der Klägerin auf die Trennung der mit Beklagtem eingegangenen Verlobung gerichtetes Suchen überhaupt unstatthaft seyn dörfte, masen selbige, daß sie mit Beklagtem, auf rechtsbeständige Art sich verlobet habe, eingestehet, und unter Verlobten allerhand liebkosende Handlungen nicht nur gewöhnlich, sondern auch den Rechten nach erlaubet sind; wobey ein aus übermäsiger Liebe entstandener Exceß von dem andern Theil nicht sogleich für eine Beschimpfung angesehen werden mag; zumal da 2) beyde Theile darinnen einstimmig sind, daß Beklagter von seinem Vorhaben, mit der Klägerin fleischliche Unzucht zu begehen, abgestanden habe; derselbe auch 3) vorschützet, daß Klägerin sein Ansinnen, wie sie zusammen der Liebe pflegen wollen, für keine Beschimpfung aufgenommen,

nommen, sondern nachhero ganzer drey Wochen mit ihm vergnügt gelebt, ihn geküsset, und sich küssen lassen, ingleichen mit ihm auf die Naumburger Messe gereiset, daselbst als Braut die Glückwünsche und einige Geschenke angenommen habe; woraus dann 4) daß die Klägerin die ihr vom Beklagten erwiesenen Caressen entweder gleich anfänglich für keine Beschimpfung aufgenommen, oder doch wenigstens nach der Zeit solche hinwiederum remittiret habe, sich abnehmen läßt; dahero Klägerin mit ihrem Suchen sogleich abzuweisen seyn möchte; da hingegen, Falls die Klage für unstatthaft nicht zu achten, und Beklagter zur Einlassung verbunden seyn sollte, es jedoch 5) keiner Bescheinigung und Gegenbescheinigung bedörfen möchte, indem Bekagter, daß er der Klägerin unzüchtige Handlungen angesonnen, sie aufs Bette geleget, und, ob er sie lieb haben sollte? gefraget habe, fol. act. 7. seq. und fol act. 22. eingestehet, und blos dieses, daß alles mit seiner Braut Zufriedenheit geschehen, auch diese alles remittiret habe, vorwendet; mithin es dermalen auf die Bescheinigung der vorgeschützten Einreden ankommen dürfte; diese aber 6) Beklagter durch die fol. act. 8 b. gebrauchte Eydesdelation bereits angetreten hat: dahero, daß entweder die Klägerin mit ihrem Suchen sogleich abzuweisen, oder allen Falls auf den deferirten Eyd zu erkennen sey, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. die Klägerin den Grund ihrer Klage darauf setzet, daß Beklagter, nach der Verlobung, sie verschiedene mal zur Unzucht zu verführen gesucht, und als sie ihm solches durchaus versaget, er an ihr Gewalt gebraucht, sie aufs Bette geworfen und zur Vollbringung des Beyschlafs zwingen wollen; und dann dergleichen Handlungen nicht nur gesetzwidrig, sondern auch für harte Injurien anzusehen sind d), darneben von keiner reinen Liebe, sondern von einer besondern Geilheit zeugen, und einen gerechten Widerwillen und Haß bey keuschen Weibespersonen erregen können, mithin eine rechtmäßige Ursache sind, derenthalb auf die Trennung der Verlöbniß geklaget werden mag e); und solcher Gestalt ad 1) der Klägerin Suchen für unstatthaft sich nicht halten läßt, zumal ad 2) in der Klage angeführet wird, daß Beklagter der Klägerin, unerachtet sie ihm sein Ansinnen, mit ihr Unzucht zu treiben, gänzlich abgeschlagen,

d) *l.* 9. §. 4. *et l.* 10. *D. de iniur.*

e) nam iniuria atrox et odium implacabile ex iusta caussa ortum sunt caussae repudii. LEYSER *spec.* 295. *med.* 9. MEVIUS *part.* 4. *decis.* 44. 45.

schlagen, zu widerholten malen den Beyschlaf angesonnen, und sie so gar mit Gewalt zu seinem Willen zu zwingen gesucht; hingegen ad 3) das Anführen, als ob Klägerin dasjenige, was Beklagter ihr angesonen, für keine Beschimpfung aufgenommen, vielmehr nach der Zeit noch ganzer drey Wochen mit ihm vergnügt gelebet, ihn geküsset, und sich küssen lassen, ingleichen mit ihm auf die Naumburger Messe gereiset und daselbst als Braut Glückwünsche und Geschenke angenommen habe, noch zur Zeit unerwiesen ist; also ad 4) daß die Klägerin den ihr angesonnenen Beyschlaf entweder gleich anfänglich für keine Beschimpfung aufgenommen, oder doch wenigstens nachhero die ihr zugefügte Beleidigung remittiret habe, sich mit Gewisheit nicht behaupten, mithin ein Endurthel noch zur Zeit sich nicht abfassen läßt, sondern, weil Beklagter fol. act. 31. seq. sich auf die Klage zur Nothdurft eingelassen, und die Hauptpuncte verneinet hat, der Klägerin die Bescheinigung der abgeleugneten Klagpuncte aufzuerlegen gewesen; als wovon selbige ad 5) durch Beklagtens Geständniß, daß er ihr den Beyschlaf angesonnen habe, nicht befreyet werden mag, in Betracht, daß das von Beklagtem eingestandene Ansinnen unter den fol. act. 8 b. seq. angegebenen Umständen geschehen ist, diese aber so beschaffen sind, daß die Klägerin dasselbe für eine Beschimpfung keinesweges aufnehmen, vielweniger daraus eine hinlängliche Ursache eines unversöhnlichen Hasses hernehmen kann; mithin es dermalen nicht sowohl auf jenes Eingeständniß, als vielmehr darauf ankommt, ob Beklagter, wie in der Klage angeführet wird, der Klägerin zu verschiedenen malen Unzucht angesonnen, und unerachtet sie es ihm durchaus versaget, er dennoch Gewalt gebrauchet, sie auf das Bette geworfen, und sie zu dem Beyschlafe zwingen wollen, als welches von Beklagtem geleugnet worden, dahero von der Klägerin dargethan werden muß; bis dahin aber auf die Bescheinigung der vorgeschützten Einreden es noch nicht ankommt; also auch ad 6) auf den fol. act. 8 b. von Beklagtem der Klägerin deferirten Eyd um so weniger erkannt werden mögen, als in dem Falle, da Klägerin die gebrauchte Gewalt erweiset, das Vorgeben, als ob sie die ihr angesonnene Unzucht für keine Injurie aufgenommen habe, sich widerleget; auch gegen die vorgeschützte stillschweigende Remißion, daß Klägerin zu den Handlungen, woraus die Remißion gefolgert werden will, mit Gewalt von ihrer Mutter gezwungen worden sey, repliciret wird, und die Bescheinigung dieser Replic der Klägerin nicht abzuschneiden ist; worbey derselben die Eydesdelation, weil gegenwärtig von keinem solennen Beweise die Rede, und selbige in der

Klage

Klage ausdrücklich bedungen ist, nachzulassen gewesen: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

XXXX.

Rechtliches Gutachten

nach M** im October 1764.

1) Von dem Ursprunge des Brautschatzes.

2) Was die Ehefrau während der Ehe mit des Mannes Gütern oder durch ihre Verrichtungen erwirbt, gehöret, gemeinen Rechten nach, dem Manne.

3) Von dem Rechte des Mannes an dem Brautschatze und Paraphernalien seiner Frau.

4) Nicht dem Manne, sondern der Frau liegt der Beweiß des Eingebrachten ob.

5) Von der Errungenschaft nach dem Churpfälzischen Rechte und deren Beweise.

Als mir nachstehende Geschichtserzählung, nebst einer Frage, zugeschicket, und darüber mein rechtliches Gutachten verlangt worden, demnach halte ich in den Rechten gegründet zu seyn:

A verstirbet an einem Churpfälzischen Orte vor seiner Gemahlin B, und hinterläßt nebst dieser eine einzige Tochter C. Die Wittbe B. verheyrathet sich wieder an D und zeugt mit diesem eine Tochter E. Worauf D ebenfalls mit Tode abgehet, und hernach seine hinterlassene Tochter E mit F eine Ehe errichtet. Lassen sich anfänglich E und F mit ihrer resp. Mutter und Schwiegermutter B gütlich ein, und nehmen dasjenige, was diese als Väterliches angiebt, für Väterliches, ingleichen dasjenige, was Errungen seyn soll, für Errungen samt allen Documenten von ihr an. Geschiehet es aber nachhero, daß E und F, als wenn alles, was zur Zeit des Ablebens ihres resp. Vaters und Schwiegervaters D, in dessen Hause gewesen, für Väterliches zu achten wäre, sich von andern beybringen lassen. Wird also gefraget:

Ob der Mann eben sowohl, als die Frau, von dem in die Ehe eingebrachten Vermögen den Beweiß führen müsse, oder ob alles

alles von dem Manne eingebracht oder errungen zu seyn vermuthet werde?

Ob nun wohl in den alleraltesten Zeiten, bey den Teutschen, daß sich verheyrathende Frauenzimmer dem Manne nichts zuzubringen pflegte, wenigstens selbiges von keiner Erheblichkeit war, sondern nur in einigen Waffen und etwas Vieh, so in den alten teutschen Gesetzen Faderfium genennet wird, und ihr der Vater oder Bruder, wenn sie zum Manne zog, mitgab, und wovon es nachhero die Mitgift benamet worden, zu bestehen pflegte; solchergestalt nun auch ehedem bey den Teutschen die Frau unter des Mannes Vermögen nichts, so ihr besonders zuständig gewesen wäre, ansehen konnte, vielmehr der Mann sie lediglich durch sein Vermögen gegen die geringen Geschenke, dergestalt zu unterhalten und zu versorgen hatte, daß er ihr auch etwas, wovon sie, nach seinem Tode, im Withenstande gehörig leben konnte, zur Fruchtniesung aussetzen muste f); gleichwohl aber, als in der folgenden Zeit die Teutschen besonders durch die Handelschaft zu größern Vermögen, an Geld und Gut, gelangten, die Frau ihrem Manne auch ein mehreres zubrachte, welches endlich, nach dem vom zwölften und folgenden Jahrhunderten in Teutschland sich eingedrungenen römischen Rechte, eine genauere Beschaffenheit erhalten, und unter dem Namen Dos, bestehend in einem gewissen Vermögen, welches die Frau ihrem Manne, zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes, zubringet, bekannt und bey den Teutschen nunmehro allenthalben eingeführet ist; folgbar, daß, weil nunmehro so leichte keine Ehe ohne Mitgift oder Brautschatz eingegangen wird, auch bey dem Vermögen, welches Eheleute mit einander, während der Ehe, besessen, nicht, daß es lediglich dem Manne oder der Frau zugehöre, sondern, zumal wenn die Landesgesetze, wie in der Churpfalz anzutreffen, dem überlebenden Ehegatten, im Fall Kinder aus erster oder letzter Ehe vorhanden, einen gewissen Theil der Errungenschaft zusprechen, vielmehr dahin, daß selbiges nicht einem alleine zustehe, die Vermuthung zu machen sey; es scheinen, mithin, weil beydes, was sich sowohl der Mann, als die Frau einander zugebracht, in einer That bestehet, und dahero zu erweisen ist g), daß gleichfalls sowohl der Mann, als die Frau von dem

f) TACITUS *de moribus germanorum*, *cap.* 18. GUNDLING in Diss. *de emtione uxorum, dote et Morgengaba*, *cap.* 2. HEINECCIUS in *element. iur. germ. Lib.* I. §. 241.

g) *l.* 1. *C. de probation.*

dem in die Ehe eingebrachten Vermögen, den Beweiß führen müsse, es das Ansehen gewinnen dörfte:

Dennoch aber und dieweil eine Ehe auch ohne Brautschatz gültig ist h), und die Errichtung desselben in einem Vertrage bestehet i), welcher, da er auf etwas geschehenen beruhet, eben so wenig, als die würkliche Einbringung desselben vermuthet wird, sondern von demjenigen, welcher solches zu seinem Vortheil behauptet, erwiesen werden muß k); und ob zwar heutiges Tages die Frau dem Manne gemeiniglich einen Brautschatz zubringet, und dasjenige, was gemeiniglich geschiehet, auch im zweifelhaften Falle für geschehen angenommen werden muß l), dennoch aber nicht unselten auch ohne Brautschatz Ehen errichtet werden, und die Güter selbst, welche eingebracht worden, und wie viel selbige ausgemacht, einen Beweiß erfordern; sodann die Frau durch die Heyrath dergestalt des Mannes Herrschaft unterworfen wird, das alles dasjenige, was sie während der Ehe mit des Mannes Gütern, oder durch ihre hauswirthschaftlichen oder andern künstlichen Verrichtungen, welche ihr der Mann nicht zu ihren eigenen Nutzen vorzunehmen besonders verstattet, erwirbet, nicht ihr, der Frau, sondern dem Manne, den gemeinen Rechten nach, zugehöret m); dieses auch mit der Billigkeit sehr wohl übereinstimmt, indem, da der Mann fürnämlich, als das Haupt der Familie, diese zu unterhalten, die Haushaltung zu regieren und die ehelichen Lasten zu tragen hat n), ihm ebenfalls dergleichen Erwerb zum Vortheil überlassen werden muß o); und eben deshalb die Gesetze dem Manne, von dem zugebrachten Brautschatze seiner Frau, nicht nur alle Fruchtniesung p); sondern

h) *Nov. 74. cap. 4.* wo es heist: vt etiam nuptiae extra dotalia documenta ex solo affectu valeant et ratae sint. *l. 20. C. de donat. ante nupt.*

i) *l. 23. D. de regul. iur.*

k) *l. 2. D. de probat. l. 1. C. de dote cauta non numerat.* STRYK in *vsu mod. Pand. Lib. 23. tit. 3. §. 7.* LUDOVICI *diss. de probation. illation. dotis.* Halae 1711.

l) BARBOSA in *thes. loc. com.* verb. SOLITUM *axioma* I. CANZ *de probabilitate iuridica seu praesumtione.* Tub. 1751.

m) *l. 48. pr. D. de oper. libert. l. 31. pr. §. 1. D. de donat. inter virum et vxor.* ibiqu. BRUNNEMANN *l. 91. §. 1. D. de pecul.* MEVIUS *ad ius Lubec. par. 2. tit. 2. art. 12. num. 132. seq.* CARPZOV *part. 3. const. 25. def. 8.* et 10. STRYK *de operis vxorum, cap. 2.* et 3. WERNHER in *select. observ. forens. par. 5. obs. 23.*

n) *l. 7. pr. D. de iure dotium.*

o) *l. 10. D. de regul. iuris.*

p) *d. l. 7. pr. D. de iure dot. l. 20. C. eod.*

sondern auch gewisser masen ein Eigenthum an selbigem verstatten q); sogar, daß er auch die Nutzungen von den Paraphernalien, oder denjenigen Gütern, welche ihm seine Frau ausser dem Brautschatze zubringet, wenn sie ihm dieserhalb nicht widerspricht r), auf seine und ihre Person verwenden kann s); und weil gemeiniglich in Teutschland dieserhalb kein Widerspruch von der Frau gemacht zu werden pfleget, der auf solche Weise dem Manne an den Paraphernalgütern seiner Frau zustehende Nießbrauch als eine allgemeine teutsche Gewohnheit nicht ungegründet von verschiedenen berühmten Rechtslehrern behauptet wird t), ohne daß unter solchen Umständen die Meinung Anderer, besonders neuerer Zeiten, des Herrn Geheimdenraths IO. PAVLI SVTOR u), welcher dem Manne diesen Nießbrauch, an denjenigen Orten, wo man nach den gemeinen Rechten lebet, nicht einräumen will, für entgegen stehend gehalten werden kann; hiernächst und besonders, weil die Frau gemeiniglich zum Manne, und nicht der Mann zur Frau ziehet, alsdenn, wenn von ihren beyderseitigen Gütern die Rede ist, fürnämlich auf dasjenige, was die Frau zum Manne gebracht hat, gesehen werden muß; und ausserdem die Rechte, daß alle Güter, welche in des Mannes Behausung gefunden worden, nicht der Frau, sondern ihm zugehören, vorhin ausgeführten Gründen nach, nicht unbillig vermuthen x); eine rechtliche Vermuthung aber so viel würket, daß derjenige, welcher solche vor sich hat, die Sache nicht zu beweisen braucht, sondern der Andere, welcher die Vermuthung anfechtet, das Gegentheil darthun muß y) solchemnach auch die bewährtesten Rechtslehrer z) daß nicht dem Manne, sondern der Frau der Be-

 weiß

q) *l.* 75. *D. de iure dot.* §. 1. *I. quib. alien. licet, vel non* l. 9. *C. de rei vindic.*

r) *l.* 8. *C. de pact. conu.* vermöge der Worte: Vir in rebus, quas extra dotem mulier habet, quas graeci parapherna dicunt, nullam, VXORE PROHIBENTE, habeat communem.

s) *l. vlt. C. de iure dot.* allwo es heist: et vsuras quidem eorum, circa se et vxorem expenderè. MEVIVS *ad ius Lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *num.* 11.

t) SCHILTER *exercit.* 36. §. 78. BRVNNEMANN *ad l.* 9. *de iur. dot. num.* 8 *et* 11. LEYSER *spec.* 302. *med.* 10.

u) in *electis iuris et fori hodierni, concl.* XI. Ingolstadii 1760. 4.

x) *l.* 51. *D. l.* 6. *C. de donat. inter vir. et vxor.*

y) MENOCH *de praesumtion. lib.* 1. *qu.* 32. *et* 33. Dn. de COCCEII in diss. *de direct. prob. negat. cap.* 3. *num.* 8. Seyfarth in teutschen Reichsproceß, *cap.* 17. §. 2. *pag.* 398.

z) PECK *de testam. coni. lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 1. COVARRVVIAS *lib.* 3. *var. resolut. cap.* 19. *num.* 3. CORASIVS in *miscellan. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 2. ALCIATVS *de praesumt. reg.* 3. *praes.* 26. *num.* 9. HEIGIVS *part.*

weiß von dem Eingebrachten obliege, einhellig dafür halten; folglich alles dasjenige, wovon die Frau, daß es das Ihrige sey, nicht beweiset, für des Mannes Vermögen zu achten ist; und in Erwegung solcher Umstände, von dem Manne zugleich einen Beweiß von seinem Vermögen zu fordern, ohnehin eine vergebliche Handlung seyn würde, mithin unnöthig ist; hierinne auch das Churpfälzische erneuerte und verbesserte Landrecht a) zumal da es in den mehresten Stücken mit dem fremden gemeinen Rechte übereinstimmet, nicht entgegen stehet, denn, obschon in der angeführten Stelle mit diesen Worten: daß, wenn ein Ehegemahl vor dem andern verstürbe, so aus der letzten oder auch vorigen Ehe Kinder verliese, alle von dem Verstorbenen herrührende liegende Güter desselben hinterlassenen Kindern als ihr Eigenthum heimfallen, des Verstorbenen Fahrniß und Errungenschaft, die sey beweglich oder unbeweglich, berührten Kindern mehr und weiter nicht, dann, so der verstorbene dero Vater gewesen, zweydrittheil, gleichfalls eigenthüm- und erblich gebühren, der übrige Theil gedachter Fahrniß und Errungenschaft aber, den jetztlebenden Ehegemahl gänzlich verbleiben solle: ausdrücklich verordnet ist; demungeachtet dennoch hieraus nur so viel, daß die Kinder sich nicht alles als väterliches zueignen können, sondern der Mutter einen Theil der Errungenschaft abgeben müssen, gefolgert werden kann; sonst aber die Errungenschaft, so der verstorbene Mann während der Ehe gewonnen, natürlicher Weise für ein zu seinen Gütern gebrachtes Vermögen anzusehen ist b); solche Errungenschaft aber, indem selbige, daß sie geschehen, zum voraus setzet, folglich nicht vermuthet werden kann, die Frau, so den dritten Theil davon verlanget, mithin zuförderst, daß dieses und jenes errungen sey, behauptet, zu erweisen c), auch diesfalls von dem Vermögen ein zu Recht beständiges Inventarium, oder in Ermangelung dessen, eine eydliche Specification beyzubringen hat d): So achte ich den Rechten gemäß zu seyn, daß

part. 1. *qu.* 30. *num.* 14. MEVIUS *part.* 5. *decis.* 359. *num.* 12. *et* 13. et *ad ius Lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *art.* 4. *num.* 1. BRUNNEMANN *ad l.* 51. *D. de donat. int. vir. et uxor.* SCHAUMBURG in *comp. iur. dig. lib.* 24. *tit.* 3. §. 4. STRYK *de iure mariti in bonis uxoris*, §. 29. et *in usu mod. Pand. lib.* 24. *tit.* 1. §. 12-15. LEYSER *spec.* 318. med. 1.

a) *par.* 4. *tit.* 13. *pr. pag.* 408.

b) conf. Stein in gründlicher Abhandlung des Lübischen Rechts, *par.* 2. §. 116. *pag.* 159.

c) *l.* 2. *D. l.* 23. *C. de probationibus*,

d) IOH. IAC. REINHARTH in diss. *de dimidio acquaestus coniugalis uxoribus Smalcaldensibus competente.* §. 18. Erford 1727.

daß nicht der Mann eben sowohl als die Frau von dem in die Ehe eingebrachten Vermögen den Beweiß zu führen brauche, sondern, daß alles ihm zugehörig sey, so lange, bis man das Gegentheil davon dargethan, vermuthet werden müsse.

XXXXI.

Rechtliches Gutachten

nach M** in October 1764.

Nicht nach chursächsischen, wohl aber nach gemeinen Rechten wird ein Specificationseyd, wozu man sich bey seinem Leben zwar erkläret, vor dessen würklichen Ablegung man aber verstorben, für geleistet gehalten, zumal wenn der Gegentheil die Ableistung selbst verhindert hätte; jedoch kann der Interessent dasjenige, was bey der Specificaton noch nicht völlig berichtiget, sondern ausgelassen worden ist, annoch nachfordern und von den Erben desjenigen, welcher sich zum Eyde anerbothen gehabt, die Leistung des juramenti credulitatis verlangen.

Ueber eben die Geschichtserzählung des nächst vorherstehenden rechtlichen Gutachtens mit folgendem Zusatze:

Gehen, nach Verlauf einiger Zeit E und F vor Gericht, und bitten, weil ihre resp. Mutter und Schwiegermutter B vieles veräusert, und eine Tochter C ersterer Ehe vorhanden wäre, daß, zu Vermeidung künftiger Verwirrung, das beyderseitige väterliche Vermögen von A und D in Richtigkeit gestellet, und dieserhalb die Mutter B zu Darstellung eines richtigen Inventariums angehalten werden möchte. Wird auch von der B, nachdem ihr solches von der Obrigkeit auferlegt worden, ein Inventarium eingereicht, so aber, weil sich B nicht auf alles so genau mehr besinnen und aus denen an E und F bereits ausgehändigten Documenten belehren können, unvollständig wird. Geben also darauf E und F noch einige ausgelassene Stücke an, welche B auch eingestunde, und dieserhalb auf erhaltenen Befehl, ein verbessertes Inventarium übergab. Als dieses geschehen, ziehen E und F noch mehrere Nachricht ein und bringen

noch verschiedene Stücke nach, welche auch B in das Inventarium einrückte und solches nunmehro anbefohlener Masen zu beschwören sich anerboth. Lassen aber E und F, weil sie alles an sich gezogen, und, daß ihnen das Inventarium entgegen sey, wahrgenommen, die Fortsetzung der Sache, ohne daß sie auf die Beschwörung des Inventariums gedrungen, gänzlich liegen. Ist nachhero B darüber verstorben und kommt nunmehro deren Tochter ersterer Ehe, nämlich die C, und will, nach dem von ihrer Mutter übergebenen Inventario, welches, daß es jederzeit beschworen werden könne, zur Aufschrift hat, mit E und F theilen. Wollen sich diese aber nicht darzu verstehen, sondern verlangen, daß erst von diesem und jenem, ob es Väterlich oder Mütterlich sey, ein Beweiß geführet werden müsse. Entstehet nun die Frage:

Ob *E* und *F* mit der *C*, ohne vorgängigem Beweiß, daß dieses und jenes Väterliches oder Mütterliches sey, die Theilung nach dem gedachten *inventario* vorzunehmen schuldig sind?

Ob nun wohl, da die resp. Mutter und Schwiegermutter B gleich anfänglich ein unvollständiges Inventarium eingereicht, indem sie selbiges nachhero noch zu zweyen verschiedenen malen verbessert, und dasjenige, was von E und F als mangelhaft dabey angezeiget worden ist, noch in selbiges gebracht hat, der Umstand, daß sie, das solchergestalt vermehrte Inventarium zu beschwören sich anerbothen, von geringer Erheblichkeit zu seyn scheinet; in mehrern Betracht, weil sie, eines Theils, in ihrer eigenen Sache von den Erbschaftsstücken kein gültiges Zeugniß ablegen können e), andern Theils aber durch die mehrmalen geschehenen Veränderungen des Inventariums, dem Ansehen nach, einen nicht geringen Verdacht der Unrichtigkeit wider sich erwecket, und, dritten Theils, den Eyd, wozu sie sich anerbothen, bey ihrem Leben würklich nicht abgeleget hat, sondern nur mit der dem inventario blos schriftlich hinzugefügten Erklärung: daß es jederzeit beschworen werden könne: verstorben ist; solchen Falls aber, wenn derjenige, welcher sich vorhero zu einen Specificationseyde zwar erkläret, jedoch vor würklicher Ablegung desselben verstorben, dieser Eyd, nach der Meinung einiger angesehenen Rechtslehrer, besonders des Hrn. von Bergers f), nicht für geleistet gehalten wird; mithin, daß dieses Inventa-

e) *l. 10. C. de testibus.*

f) *in electis disceptat. forens. tit. 18. obs.*

ventarium eben keinen sonderlichen Glauben verdiene, und dieserwegen die C mit E und F, ohne Rücksicht auf dieses Inventarium, das väterliche oder mütterliche Vermögen erst aufs neue, bevor zu dessen Theilung geschritten werden kann, zu berichtigen habe, folgbar die vorgelegte Frage schlechterdings zu verneinen sey, dafür gehalten werden dürfte:

D. n. u. Q. die B nicht nur von C sondern auch von E eine leibliche Mutter ist, und dieserhalb, daß sie keine von beyden zu bevortheilen gesucht, sondern eine, wie die andere, geliebt haben werde, die stärkste Vermuthung entstehet; die B sich auch gleich anfänglich, nach der E Verheyrathung, mit dieser und deren Ehemann, ihrem Schwiegersohne F, schon gütlich, des Väterlichen und der Errungenschaft wegen, aus einander gesetzt, und dasjenige, was nachhero von dem von ihr übergebenen Inventario als mangelhaft von E und F angegeben worden, ohne alle Schwierigkeit angezeiget hat; diese Stücke aber von ihr, der B, zuvor nicht böslich verschwiegen, sondern um deswillen, weil sie an E und F alle Documente bereits ausgehändiget gehabt, und sie sich dahero auf alles nicht so genau besinnen können, ausgelassen worden sind; sie auch die würkliche Ablegung des Eydes, womit sie das Inventarium zu bestärken gedacht, nicht mit Fleiß verzögert und verabsäumet hat, sondern vielmehr selbst E und F, nachdem sie alles an sich gezogen und bey dem Inventarium ihren Vortheil nicht gesehen, auch daß ihnen solches entgegen sey, wahrgenommen, wider das Inventarium weiter etwas zu erinnern, und die würckliche Abschwörung zu verlangen, unterlassen haben; folgbar, da E und F hiedurch dasjenige, was bereits in das Inventarium von der B gebracht worden, stillschweigend genehmiget und die Leistung des Eydes, so zu sagen, selbst verhindert haben, diese deshalb nunmehro, den Rechten nach, für geschehen angesehen werden kann g); indem solchergestalt B, wie sich E und F dabey beruhigen wollen, muthmaßlich schliessen können; daß sie daher, die Sache selbst weiter zu betreiben, keine besondere Veranlassung gehabt hat;

obs. 8. *not.* 2. in *addit.* verbis: In foro praesertim Electorali Saxonico, iuramenta, quae ad fatale octidui adstricta non sunt, vt: iusiurandum diffessionis, specificationis, editionis, et similia pro praestitis non haberi, quamuis is, qui iurare debeat, post oblationem decesserit; vt praxis omni die confirmat. et *par.* 2. *supplem. tit. eod.* §. 24. Welchem auch beypflichtet Seyfarth in teutschem Reichsproceß, *cap.* 15, §. 14.

g) *l.* 39. *D. de reg. iur.* wo es heißt: In omnibus caussis pro facto accipitur id, in quo per aliam morae fit, quo minus fiat.

hat; bey welcher der Sache Beschaffenheit, daß B ihre Kinder durch eine unvollkommne Specification zu hintergehen und darüber meineydig werden sollen, gar nicht zu vermuthen stehet; folgbar, unter diesen Umständen, dasjenige, was in dem Inventario enthalten, gar wohl für wahr angenommen, und dieserwegen der Eyd, womit sie das Inventarium zu bestärken willens gewesen, aller Billigkeit nach, für würklich geleistet angenommen werden kann; durch einen Eyd aber aller Verdacht der Unrichtigkeiten gehoben wird h); hiernächst bey einem iuramento delato, relato, suppletorio und purgatorio, bey welchen eine oblatio ad iurandum erfordert wird, die meisten Rechtslehrer, daß der Eyd, an dessen Abschwörung derjenige, so sich darzu anerbothen, durch den Tod verhindert worden, für würklich abgeschworen dergestalt zu halten sey, daß die Erben annoch de credulitate zu schwören nicht nöthig hätten, einhellig der Meinung sind, und darnach in foro communi, weil zu vermuthen, daß der Verstorbene, seiner Seeligkeit eingedenk, nicht mit bösen Gewissen habe sterben wollen, meistentheils gesprochen wird i); so wohl nach diesem vernünftigen Grunde bey einem Specificationseyde eine gleichmäßige Entscheidung billig zu machen ist, wie davon nicht nur bey dem Herrn von Leyser k) ein ähnlicher Fall, sondern auch bey andern bewährten Rechtslehrern eine beystimmige Meinung angetroffen wird l); solchen auch die in den Zweifelsgründen angeführte Meinung des Herrn von Bergers nicht entgegen stehet, anerwogen selbige hauptsächlich die chursächsischen Gerichte betrift, und ausserdem auf gegenwärtigen Fall, wegen der dabey besonders vorkom-

h) Per iuramentum enim tollitur omnis suspicio et praesumtiones sinistrae abolentur. arg. *l. 6. C. ad legem Iul. repet.* RICHTER in *expos. omnium authent. ad auth. lib. 4. C. tit. 19. num. 7.*

i) CARPZOV *lib. 6. resp.* 120. MYNSINGER *cent. 1. obs.* 13. GAIL *lib. 2. obs.* 48. ANT. FABER in *Cod. lib. 4. tit. 1. def.* 32. BERLICH *par. 1. concl.* 55. *num.* 14. NICOLAI in *processu iudiciario, cap.* 46. *num.* 4. MEVIUS *par. 4. decis.* 262. et *par.* 5. *decis.* 46. COCCEII in *iure civ. controv. lib. 12. tit. 2. qu.* 40. WERNHER *par. 1. obs.* 275. PUFENDORF ad *Proc. Brunsuic. par. 3. cap. 5. §. 20.* Seyfarth in Reichsproceß *cap. 15. §. 14.* GEB. CHR. BASTINELLER diss. de *effectu oblationis ad iurandum mortuo ante praestationem offerente.* Vitenb. 1724.

k) in *med. ad pand. spec.* 144. *med.* 3.

l) RIVINUS in *enunciatis iuris ad tit.* 18. *enunc.* 117. wo er ausdrücklich spricht: Super specificatione hereditatis iuramentum quoque pro praestito habendum, si post oblationem iuraturus vita defungitur. STRYK in *usu mod. Pand. lib. 12. tit. 2. §. 42.* TOB. BARTH. *dissensuum in praxi cent. 5. diff.* 436. *num.* 4.

vorkommenden Umstände, sich auf keine rechtsbeständige Art anwenden läßt; gleichwohl aber dieses alles nur von demjenigen, was bereits in das Inventarium gebracht worden, füglich verstanden werden kann; in Erwegung, daß, wenn etwas in einem Verzeichniße noch nicht völlig berichtiget, sondern ausgelassen worden ist, dessen Richtigstellung dennoch nach zu fordern, demjenigen, so ein Interesse dabey hat, billig nachgelassen werden muß m); und dieserhalb die B, wenn sie auch das Inventarium würklich mittelst Eydes beſtärckt haben und annoch leben sollte, dennoch auch von demjenigen, was sie noch nicht in das Inventarium gebracht, Rede und Antwort zu geben, schuldig seyn würde n), zumal da auch so wohl bey privat als öffentlichen Rechnungen, wenn solche gleich mittelst Eydes bestärkt seyn sollten, deren nachherige Anfechtung aus neuen erheblichen Gründen nicht ganz und gar unzuläßig ist o); und dieserhalb auch der Richter aus gerechter Ursache noch dem Erben desjenigen, welcher sich nur zum Eyde anerbothen gehabt, aber darüber verstorben ist, das juramentum credulitatis auferlegen kann p); anerwogen der Specificationseyd nur von denen in die Specification gebrachten Stücken zu verstehen, und daher von dem Specificanten auch mit dahin, daß wenn ihm über kurz oder lang annoch etwas, es habe Nahmen, wie es wolle, vorkommen oder beyfallen sollte, welches in die Erbschaft gehörig, er solches ebenfalls anzeigen und eigentlich benennen wolle, abgeleget wird; und, dieser Ursache willen, auch wider eine mittelst Eydes bestärkte Specification der Beweiß eines mehrern Vermögens zugelassen wird q): **So halte ich den Rechten gemäß zu seyn, daß zwar das in Frage gebrachte Inventarium in Ansehung desjenigen, was in selbigem genau angezeiget worden, allen Glauben verdiene, jedoch daß *E* und *F*, vor der Theilung, die Berichtigung des mehrern Vermögens, so sich etwa nach der *B* Tode noch vorgefunden, von der *C* billig zu fordern befugt sind.**

XXXXII.

m) *l.* 10. *C. commun. utriusqu. iud. l.* 1. *C. arbitr. tut.* WOLFG. AD. SCHOEPFF in diss. *de probatione contra inventarium.* Tubing. 1732.

n) Vid. LEYSER *spec.* 145. *med.* 1. et SCHAUMBURG in *princ. prax. iur. ind. lib.* 1. *sect.* 1. *memb.* 4. *cap.* 3. §. 6. *not.* ** *pag.* 294.

o) HEIGIUS *par.* 1. *qu.* 20. *num.* 29. *seq.*

p) RIVINUS *ad tit.* 18. *enunc.* 115. WERNHER *part.* 10. *obs.* 458.

q) RIVINUS *ad tit.* 18. *enunc.* 149. und *tit.* 21. *enunc.* 50.

XXXXII.

Rechtliches Gutachten

nach T** im April 1763.

Von dem Widerruf einer geschenkten Aussteuer.

1. Eine Schenkung wegen der Ehe, kann deshalb, daß diese von keiner beständigen Dauer ist, nicht widerrufen werden.
2. Eine Mutter kann ihre Kinder ohne Vormund gültig beschenken.
3. Auch die Schenkung zu milden Sachen, wenn sie die Summe von 500 Ducaten übersteiget, ist gerichtlich zu insinuiren.
4. Die Schenkung einer Aussteuer bedarf keiner gerichtlichen Insinuation.
5. Die Aussteuer, welche ein anderer als der Vater errichtet hat, kann, ausser einem ausdrüklichen Vorbehalte, nach getrennter Ehe von ihm nicht zurückgefordert werden.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst zweyen Fragen zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen Wir vor Recht:

Ist im Jahr 1754 ein christlich Ehegelöbniß zwischen dem Bruto und der Caecilia mit beyderseits Eltern Bewilligung geschlossen worden, da so wohl die Mutter Tullia als der Oncle Nerontes von der Caecilia aus zärtlicher Liebe gegen selbige, und aus besonderer Consideration und Hochachtung für diese so glücklich getroffene Eheverbindung, ihr eine jährliche Beyhülfe zu ihrem eigenen Vermögen zu schenken, sich anheischig gemacht. Hat ihr nämlich die Mutter Tullia, 100 Rthl. jährliche Zinsen von einem Capital à 2000 Rthl. jedoch mit dem Bedinge, daß sie dieses Capital zu zahlen nicht schuldig seyn solle, ihr Oncle Nerontes aber, die Ergänzung desjenigen, was ihr an 12000 Rthl. väterlichen Vermögen etwa noch fehlen möchte, zu geben, zugesichert. Hat auch dieser ebengedachte Nerontes sothanes Geld, welches, nach geschehener Zusammenrechnung mit der Mutter, 2200 Rthl. betragen, so lange, als es bey ihm stehen bleiben würde, mit fünf Procent zu verzinsen, und ausserdem der Caeciliae 200 Rthl. jährliche Zinsen vom 4000 Rthl. versprochenen Capital so lange, bis dieses Capital selbst abgetragen werden würde,

würde, dergestalt auszuzahlen versprochen, daß er auch dabey der künftigen Einrede wegen ermangelnder gerichtlichen Insinuation zugleich entsaget hat. Sind darauf nunmehro Caecilia und Brutus, um des Letztern übeln Lebens und schlechten Betragens Willen, ordentlich von einander geschieden worden. Da sich denn, nach dieser Ehetrennung, so wohl die Mutter, als der Oncle weigern, ihre vorgedachten Versprechungen der Caeciliae ferner zu erfüllen. Wird also gefraget:

1) Ob die Mutter *Tullia* ihrer Tochter *Caeciliae* die versprochenen 100 Rthl. jährliche Zinsen, ihrer Ehescheidung ungeachtet, fort zu leisten schuldig sey oder nicht?

2) Ob der Oncle *Nerontes* befugt sey der *Caeciliae*, nach ihrer Ehetrennung, sowohl den versprochenen Zuschuß zu ihren väterlichen Vermögen an 2200 Rthl. als auch

3) das besonders zugesagte Capital von 4000 Rthl. zu entziehen, und ob nicht vielmehr *Caecilia* beydes von ihm zu fordern berechtiget sey?

Ob nun wohl, was die erste Frage anlanget, jemand sein Versprechen nicht länger zu halten braucht, als die Bedingung dauert, unter welcher die Zusage geschehen; und hier die Mutter sowohl, wie der Oncle aus besonderer Hochachtung für die so glücklich getroffene Eheverbindung der Caeciliae mit dem Bruto sich verbindlich gemacht hat; solche aber nunmehro wegen erfolgter Ehescheidung aufhöret; ferner auch eine Weibesperson ohne Vormund ordentlicher Weise sich andern nicht verbindlich machen kann; aus der Geschichtserzählung aber, daß hier bey dem Versprechen der Mutter ein Vormund gegenwärtig gewesen sey, nicht abzunehmen ist; dahero auch um deswillen die Mutter, ihrer Tochter Caeciliae die 100 Rthl. jährliche Zinsen zu entrichten, nicht länger verbunden zu seyn scheinet:

D. a. u. d. die Mutter die 100 Rthl. jährliche Zinsen ihrer Tochter zwar aus besonderer Consideration und Hochachtung für die von derselben getroffene Eheverbindung versprochen, jedoch aber dabey, daß solche wenn die Ehe nicht von beständiger Dauer seyn würde, wegfallen solle, sich nicht bedungen, wenigstens dieses nicht ausgedrucket hat; als welches, Falls dieser Umstand eine Condition abgeben sollen, geschehen

 müssen

müssen r); hiernächst nicht die Tochter Caecilia, sondern ihr Mann Brutus an der Ehescheidung Schuld ist; auch eine Mutter ihre Kinder gültig beschenken kann s), dergestalt, daß auch an denenjenigen Orten, wo die zum Besten des weiblichen Geschlechts abzielende Vormundschaft eingeführet worden, keine Mutter, so ferne sie ihr Kind, wie hier geschehen, beschenket, eines Vormundes oder dessen Einwilligung benöthigt ist t); So erachten wir in den Rechten gegründet, daß die Mutter *Tullia* ihrer Tochter *Caeciliae* die versprochenen 100 Rthl. jährliche Zinsen, der Ehescheidung ungeachtet, ferner zu leisten schuldig.

Die zweyte und dritte Frage betreffend, obwohl eine Schenkung über 500 Ducaten, so weit sie sich über diese Summe erstrecket, ohne gerichtliche Insinuation nicht bestehet u), dergestalt, daß diese gesetzliche Verordnung auch auf Schenkungen zu milden Sachen von verschiedenen berühmten protestantischen Rechtslehrern ausgedehnet wird x); und also auch diese von dem Nerontes der Caeciliae ohne gerichtliche Insinuation, zur Hülfe ihres Ehestandes, versprochene 2200 Rthl. und 4000 Rthl. in so weit sie die Summe von 500 Ducaten übersteigen, ungültig zu seyn, und überdem, da auch die Ehe zwischen der Caecilia und dem Bruto nunmehro aufgehoben worden, die Erfüllung des Versprechens ganz und gar widerruflich zu werden, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. die gegenwärtige Schenkung nach den Umständen und Versprechen des Nerontes gar füglich für eine der Caeciliae geschenkte Aussteuer angenommen werden kann; dergleichen Schenkung aber, bekannten Rechten nach, zumal da sie hier von einem so nahen Anverwandten geschehen, eine grose Gunst hat, und dahero auch keiner gerichtlichen Insinuation bedarf y); um so mehr da Nerontes auf selbige ausdrücklich Verzicht gethan; hiernächst auch, wenn nicht der Vater sondern

r) WERNHER in *obs. for. par.* 10. *obs.* 391.

s) *l.* 3. *et* 6. *C. de reuoc. donat.* CARPZOV. in *iurispr. for. par.* 2. *const.* 12. *def.* 23.

t) CARPZOV. in *iurispr. for. par.* 2. *const.* 15. *def.* 8. LYNCKER *decis.* 1079. ENGAV *par* 1. *decis.* 160. *n.* 3. *pag.* 170. WERNHER *par.* 1. *obs.* 161. *num.* 2.

u) *l.* 36. §. 3. *C. de donationibus.*

x) CARPZOV. *par.* 2. *const.* 12. *def.* 13. STRVV. *exerc.* 40. *th.* 11.

y) *l.* 31. *C. de iure dot. Auth. Ead* *rursum C. de donat. ante nupt.* TIRAQVEL *ad l. si vnquam C. de reuoc. donat. num.* 241. BRVNNEMANN *ad d. l.* 31. *C. de iure dot.* SCHOEPFER in *synops. iur. rom. priv. lib.* 39. *tit.* 5. *n.* 66.

dern ein anderer einer Weibesperson eine Aussteuer errichtet hat, selbige von ihm nach getrennter Ehe nicht zurük gerufen werden kann, wofern er sich solches nicht ausdrücklich vorbehalten z); dieses aber von dem Nerontes nicht geschehen ist; die Ehe auch überdem nicht durch ihr Verschulden getrennet worden: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß *Nerontes* der *Caeciliae* nach ihrer Ehetrennung, weder die 2200 Rthl. als den versprochenen Zuschuß zu ihren väterlichen Vermögen, noch die zugesagten 4000 Rthl. zu entziehen, sondern vielmehr die *Caecilia* beydes von ihm, nach Masgabe des Versprechens, zu fordern berechtiget sey. V. R. W.

XXXXIII.

Rechtliches Gutachten

nach E** im May 1767.

1) Wenn ehe eine heimliche Verlassung des Ehegattens für böslich und die Verweigerung der ehelichen Pflicht für hartnäckig zu halten?

2) Wegen keines dieser beyden Stücke kann eine freywillig eingegangene Ehe für ungültig errichtet geachtet werden.

3) Es kann einem Ehegatten über den Umstand, ob die Ehe durch eine fleischliche Vermischung würklich vollzogen worden, der Reinigungseyd zuerkannt werden.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst dreyen Fragen zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, d. f. w. v. R.

Hat Cajus, vor einigen Jahren, um die Semproniam, des Titii Tochter, angeworben, und so wohl von ihr als ihren Eltern das Jawort ohne Schwierigkeit erhalten. Hat aber, nach Vollziehung der priesterlichen Trauung und bey den darauf erfolgten Hochzeitslustbarkeiten, die Sempronia ihrem Bräutigam, dem Cajo, sehr verächtlich begegnet, und demselben andere dabey mit zugegen gewesene Mannspersonen vorgezogen.

z) *l. vn. §. 13. in fin. C. de rei vxor.* TER *ad auth. C. lib. 5. tit. 13. num. 9. aff. l. 9. in fin. C. de pact. conv.* RICH-

gen. Hat Cajus, ob ihm dieses gleich empfindlich gewesen, dennoch deshalb keinen Verdruß geäussert. Hat die Sempronia, bey dem darauf erfolgten ehelichen Beylager sich in einem völligen Anzuge zu Bette geleget, und Cajus ihr einige gemeine, geschweige denn eheliche Caressen zu erweisen, sich nicht unterstehen dürfen. Hat die Sempronia sothanes Betragen auch fortgesetzet und dem Cajo die eheliche Pflicht jederzeit versaget, auch demselben so verächtlich begegnet, daß, ohne daß Cajus eine Ursache dieses üblen Betragens zu entdecken vermögend gewesen, die ganze Stadt ein Aergerniß daran genommen. Hat die Sempronia, nach Verlauf von ungefähr fünf Vierteljahren, nach der Hochzeit, den Cajum heimlicher und böslicher Weise verlassen, ihre besten Sachen mit sich fort und ihren Weg zu ihren Eltern genommen. Ist auch dieselbe, aller angewandten Bemühungen ungeachtet, seit nunmehro beynahe fünf Jahren, wiederum zu dem Cajo zu gehen, nicht zu bewegen gewesen, sondern hat vielmehr gegen denselben einen unversöhnlichen Haß und Widerwillen beständig bezeiget. Hat dieses alles bey dem Cajo, zumal da er, weder durch Erpressung der versprochenen Mitgift von ihren nicht unvermögenden Eltern, noch sonst auf einigerley Art dazu Anlaß gegeben zu haben, sich nicht erinnern kann, einen eben so starken Haß und Widerwillen gegen die Semproniam erwecket, daß bey beyden niemals eine Vereinigung wiederum zu hoffen, vielmehr, wenn solche durch angewendete Zwangsmittel wiederum hergestellet werden sollte, das gröste Unglück und beyder Theile Leibes und Seelen Verderben, zumal beyde noch in der besten Blüte ihrer Jahre sind, zu befürchten ist. Entstehen dahero folgende Fragen:

1) Ob in vorliegendem Falle nicht eine bösliche Verlassung und ins besondere eine hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht, wie auch ein unversöhnlicher Haß sich veroffenbare, und selbige als hinreichende Ursachen zur völligen Trennung dieser Ehe anzusehen sind? oder

2) Ob nicht diese Ehe aus berührten Ursachen, zumal wenn beyde Theile die Trennung sehnlich wünschten, vielmehr für null und unvollkommen zu achten? Und

3) Ob nicht *Caius* oder *Sempronia* darüber, daß die Ehe durch die fleischliche Vermischung würklich nicht vollzogen worden, zum Reinigungseyde zu lassen?

Ob

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, die Sempronia schon bey dem ehelichen Beylager und nachhero beständig die eheliche Pflicht dem Cajo verweigert und ihm verächtlich begegnet; auch von Zeit der Hochzeit, nach Verlauf einer Zeit von fünf viertel Jahren, Cajum heimlicher und böslicher weise verlassen, und, seit nunmehro bey nahe 5 Jahren, sich wiederum zu ihm zu wenden, aller angewandten Bemühungen ungeachtet, nicht zu bewegen gewesen ist; mithin, daß in vorliegendem Falle eine bösliche Verlassung und insbesondere eine hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht, wie auch ein unversöhnlicher Haß sich veroffenbare, und selbige als hinreichende Ursachen zur völligen Trennung dieser Ehe anzusehen wären, es scheinen möchte:

D. a. u. d. zu einer böslichen Verlassung des Ehegattens, daß die Verlassung desselben gewis aus der Absicht, niemahlen wiederum zu ihm zurück zu kehren, geschehe, erforderlich ist; und, die Verweigerung der ehelichen Pflicht, eher nicht für hartnäckig zu halten, bevor bey dem widerspenstigen Ehegatten nicht alle Mittel, ihn zu seiner Obliegenheit zu bewegen, fruchtlos gewesen; dieses aber zuförderst eine rechtliche Erörterung vor der Obrigkeit bedarf, ob nicht durch Zuredungen oder dienliche Zwangsmittel zwischen dem Cajo und der Sempronia eine Vereinigung zu stiften, und daß die Sempronia sich zum Cajo wiederum wende und diesem alle Pflichten, wie es einem vernünftigen und christlichen Ehegatten gebühret, erweise a); So sind wir der rechtlichen Meinung, daß im vorliegenden Falle eine bösliche Verlassung und insbesondere eine hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht, wie auch ein unversöhnlicher Haß sich zwar veroffenbare, allein daß selbige eher nicht als bis nach richterlicher Entscheidung, für hinreichende Ursachen zur völligen Trennung dieser Ehe anzusehen sind.

Ob wohl, die zweyte Frage betreffend, Cajus, wenn er das Betragen der Semproniae, so sie nach eingegangener Ehe geäusert, sollte vorhero haben wissen können, selbige nicht geheyrathet haben würde; folgbar daß diese Ehe aus berührten Ursachen, zumahl da selbige durch würklichen Beyschlaf nicht vollzogen worden, um so eher, wenn beyde Theile die Tren-

a) CARPZOV. *in iurispr. consist. lib.* 2. 6. §. 20. *et* 21. *def.* 208. STRYK. de *dissens. spons. sect.*

Trennung sehnlich wünschten, für null und unvollkommen zu achten sey, dafür gehalten werden dürfte:

D. a. u. d. Cajus so wohl von der Sempronia selbst, als ihren Eltern das Ja Wort zur Ehe ohne Schwierigkeit erhalten; auch darauf von beyden Theilen die Ehe durch priesterliche Trauung freywillig vollzogen worden ist; solchemnach, daß vor selbiger etwas, weshalb dieselbe für ungültig eingegangen geachtet werden könne, und also ex causa nullitatis matrimonii aufzuheben sey, oder derentwegen, wie Mosheim de diuortio §. 14. es nennet, ein diuortium improprium statt finde, zum vorausgegangen, nicht abzunehmen ist; so wohl die hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht und die bösliche Verlassung von Seiten der Semproniae erst nach vollkommen eingegangener Ehe geschehen sind; und also, selbige, wenn solche gehörig dargethan werden sollten, wohl caussas diuortii proprii, nicht aber caussas nullitatis matrimonii abgeben; wohin aber weder der unversöhnliche Haß, noch der Wunsch die Ehe getrennt zu sehen, gehören: So achten wir den Rechten gemäs zu seyn, daß wegen der böslichen Verlassung und hartnäckigen Verweigerung der ehelichen Pflicht der *Semproniae* ihre mit dem *Cajo* errichtete Ehe nicht für null und unvollkommen gehalten werden möge.

Endlich auf die dritte Frage zu kommen, obwohl verschiedene Rechtslehrer, daß in Ehesachen, besonders wider die Ehe, kein Theil dem andern den Eyd deferiren könne, der Meinung sind b); mithin, daß weder Cajus noch die Sempronia darüber, daß die Ehe durch die fleischliche Vermischung würcklich nicht vollzogen worden, zum Reinigungseyde zu lassen sey, es das Ansehen gewinnen möchte.

D. a. u. d. dieser Umstand, daß die Ehe nicht würklich durch die Leistung der ehelichen Pflicht vollzogen worden, noch keine Ursache, die durch priesterliche Trauung vollzogene Ehe wiederum aufzuheben, abgiebet; so wohl in dem Falle, wenn die Eydesdelation die Aufhebung der Ehe veranlassen sollte, der Richter dem Beklagten, wider welchen redliche Anzeigungen vorhanden sind, und den der Kläger sonst durch andere Beweißmittel zu überführen nicht vermögend ist, den Reinigungseyd aufzuerlegen berech-

b) CARPZOV. *in iurispr. eccl. lib.* 3. *def.* 44. GAIL. *lib.* 2. *obs.* 94. *num.* 13.

berechtiget ist c): So achten wir auch in Rechten gegründet zu seyn, daß *Cajus*, oder die *Sempronia* über den Umstand, ob die Ehe durch die fleischliche Vermischung würklich vollzogen worden, zum Reinigungseyde zu lassen sey. V. R. W.

XXXXIIII.

Rechtliches Gutachten

1. Die ehelichen Rechte werden, nach gemeinen teutschen Gesetzen, durch Beschreitung des Ehebettes ohne fleischliche Vermischung erworben.

2. Ein Ehegatte, welcher auf grobe Art die eheliche Treue gegen seinen Ehegatten hintangesetzet, ist der statutarischen Portion unwürdig.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst zweyen Fragen zugeschicket, und darüber Unsere Rb. g. b. d. s. w. v. R.

Hat Cajus, welcher einen frommen und christlichen Lebenswandel geführet, iedoch von Jugend auf wegen seines sehr melancholischen Temperaments und des daher entstandenen Tiefsinnes von seinen Freunden und Verwandten beständig aufgemuntert werden müssen, als ein Wittber und Vater zweyer Kinder sich mit der Titia ehelich versprochen. Hat selbiger auch, nachdem er mit ihr getrauet worden, mit ihr das Ehebette beschritten, iedoch ist es ungewis, ob er sie auch fleischlich erkannt hat. Ist aber diese Ehe von keiner langen Dauer gewesen, masen Caius sogleich nach der Trauung mit dieser seiner zweyten Frau um deswillen, weil sie sich eines Theils in seinen Bandhandel nicht zu schicken gewußt, und andern Theils verschiedene ihm höchst zuwider seyende Neuerungen in seinem gutgeordneten Hauswesen einführen, und besonders dritten Theils seine Stiefschwiegermutter, die ihm in seinem Wittbenstande redlich hausgehalten, mit Gewalt aus dem Hause geschaft haben wollen, in einer sehr unzufriedenen Ehe gelebt, daß er, als sie ihm darüber dermasen übel begegnet, daß sie ihn an einen Morgen von sich weggestossen, sogleich, da er erst vier Wochen vorher mit ihr Hochzeit gehabt, aus dem Hause gegangen,

c) CARPZOV. *in iurispr. eccl. lib.* 3. *trim. cap.* 2. *num.* 5. *def.* 45. BRVCKNER. *in decis. iur. ma-*

gen, und sich auf seinem eigenen Felde selbst entleibet hat. Wird nun, da er ein ansehnliches Vermögen hinterlassen, von den Verwandten seiner nachgelassenen Kinder gefraget:

1) Ob, wenn zu erweisen stehet, daß *Caius* seine Ehefrau nicht fleischlich erkannt, dieselbe von der statutarischen Portion ausgeschlossen, und bey dem alsdenn zu führenden Beweise die Eydesdelation gebraucht werden könne?

2) Ob die *Titia* wegen ihres gegen *Caium* geäuserten unehelichen Betragens von der statutarischen Portion ausgeschlossen werden könne?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, teutschen Rechten nach, die priesterliche Trauung nicht alleine hinreichet, die völligen ehelichen Rechte zwischen zweyen Eheleuten hervorzubringen, sondern hierzu auch die Beschreitung des Ehebettes erforderlich ist d); sowohl die Eydesdelation in allen Sachen so gar bey Verbrechen, wenn auf das Privatinteresse geklaget wird, Statt findet e); mithin, daß wenn zu erweisen stehen sollte, daß Caius seine Ehefrau nicht fleischlich erkannt, dieselbe von der statutarischen Portion ausgeschlossen und zu Führung eines Beweises die Eydesdelation gebraucht werden könne, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. die Beschreitung des Ehebettes nur in derjenigen Handlung bestehet, da der Bräutigam, nach geschehener Trauung, sich in das Ehebette leget und in selbiges seine Braut aufnimmt; dieses auch selbst mit den Worten des in den Zweifelsgründen angezogenen Sächs. Landrechtes, da es heist: Sie, nemlich die Ehefrau, ist seine Genoßin und tritt in sein Recht, wenn sie in sein Bette tritt; zu erkennen gegeben wird; folgbar schon hierdurch, ohne eine hinzugekommene fleischliche Vermischung, die ehelichen Rechte, und also auch das Recht auf die statutarische Portion erworben wird f), masen die eheliche Beywohnung ausser der Beschreitung, nur

d) Sächs. Landr. *lib.* 1. *art.* 25.

e) RIVIN. *ad Ord. proc. Sax. tit.* 18. *en.* 11. WERNHER *part.* 1. *obs.* 192. CARPZOV in *proc. tit.* 11. *art.* 1. *num.* 18.

f) CARPZOV *part.* 3. *const.* 19. *def.* 4. BERGER *oecon. iur. lib.* 2. *tit.* 4. *th.* 43. *not.* 2. BERGER *de success. ab intest. diss.* 4. *cap.* 3. §. 7. RICHTER *part.* 1. *decis.* 94. MEVIUS *ad ius Lubec. part.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *num.* 280. ENGAV in *elem. iur. germ. lib.* 1. §. 357.

nur nach einigen besondern Landes- oder Stadtgesetzen erforderlich ist g), welche andern Orten kein Recht geben mögen; von Quärenten nun aber in der Geschichtserzählung angeführet worden ist, daß Caius und Titia mit einander das Ehebette beschritten hätten: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß, wenn auch zu erweisen stünde, daß *Caius* seine Ehefrau fleischlich nicht erkannt, diese dennoch deßhalb von der statutarischen Portion nicht ausgeschlossen werden könne, woferne man nicht darzuthun vermag, daß dasiger Orten, auch ausser der Beschreitung des Ehebettes, zugleich die eheliche Beywohnung zu dem Erwerb der ehelichen Rechte nothwendig erforderlich sey.

Obwohl, die zweyte Frage betreffend, in den Gesetzen dergleichen Betragen, als die Titia gegen ihren Ehemann zu Schulden kommen lassen nicht ausdrücklich als eine solche That, derentwegen eine Ehefrau ihrer statutarischen Portion für verlustig zu achten sey, angeführet wird; mithin daß man die Titiam dieserhalb von der statutarischen Portion nicht ausschliesen könne, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. die teutschen Rechte dem überlebenden Ehegatten, zu seiner Aufrichtung, wegen des durch den Tod seines verstorbenen Ehegattens erlittenen Verlustes, und zur Vergeltung der ehelichen Treue und Theilnehmung an allen Widerwärtigkeiten die statutarische Portion eingeführet und geordnet haben; folgbar derienige Ehegatte, welcher dem Verstorbenen eben keine eheliche treue Beyhülfe geleistet, noch vielweniger sich dessen bey seiner Krankheit ernstlich angenommen, der statutarischen Portion nicht würdig ist h); sowohl die gemeinen Rechte denjenigen Ehegatten, welcher durch Nachläßigkeit, oder Sorglosigkeit seines Ehegattens Tod veranlasset hat, ausdrücklich dessen Erbschaft für unwürdig erklären i); die Titia aber durch das in der Geschichtserzählung angeführte unfriedliche Betragen gegen ihren Ehemann, der doch einen frommen und christlichen Lebenswandel geführet hat, sich sehr vergangen, indem dieselbe, da sie sein tiefsinniges Wesen gewußt, und ihn also auf alle Art aufmuntern, keineswegs aber durch ihre Aufführung noch niedergeschla-

 gener

g) Frankfurt. Reformation *part.* 3. *tit* 3. §. 350. Würtemberg. Landrecht *part.* 4. *tit.* 2.

h) NEVENHAHN de *iuribus ac privilegiis viduitatis, membr.* 3. *sect.* 2. *lit. d. pag.* 305. STRYK *de succ. ab int. diss.* 12. *cap.* 4. §. 13.

i) *l.* 3. *D. de his, quae ut indign. auf.*

gener machen sollen, noch den Morgen, als er sich Nachmittags selbst entleibet, gegen ihn so unanständig und hart sich bezeiget, und hierdurch zu solchen Selbstmord selbst Veranlassung gegeben hat, daß sie auch deshalb, wie Quärent mit angeführt, von der Landesherrschaft um 30 Rthl. bestrafet worden ist: So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß die *Titia* wegen ihres gegen *Cajum* geäuserten unehelichen Betragens gar wohl von der statutarischen Portion ausgeschlossen werden könne. V. R. W.

XXXXV.

Rechtliches Gutachten

nach O** im Jenner 1774.

Ueber eine Geschichte, da die Verbindung zwischen zwoen Personen, die einander als Eheleute angetrauet worden, wovon aber nachhero die Frau dem Manne die eheliche Pflicht nicht leisten können, dem ungeachtet für eine gültige Ehe, und die Schwängerung, welche der Mann mit einer andern Weibesperson vorgenommen, für einen Ehebruch erkläret, hierbey aber, daß selbiger nicht mit der ordentlichen Strafe des Ehebruchs zu belegen sey, dafür gehalten worden.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung, nebst vier Fragen zugeschicket, u. d. u. R. B. g. w. d. f. w. v. R.

Hat Johann Nicolaus B**, ein Schieferdecker aus O** mit Annen Margarethen V**, im Jahr 1764, in eine eheliche Verbindung sich eingelassen, und kurze Zeit hernach solche, den Kirchengebräuchen gemäs, vollzogen. Ist derselbe bey Beschreitung des Ehebettes, und da er seiner angetrauten Braut die eheliche Pflicht leisten wollen, zu seinen grösten Erstaunen gewahr worden, daß seine Angetraute dergestalt verschlossen, daß die Oefnung nicht den Umfang eines Pfeiffenstieles gehabt, und er deshalb, mit ihr das eheliche Werk zu vollbringen, gar nicht vermögend gewesen. Hat derselbe mit ihr in solchem scheinbaren Ehestande zehen Jahr hindurch gelebet, und diese Widerwärtigkeit, weil sein angebliches Eheweib seiner Wirthschaft rechtschaffen vorgestanden, mit christ-

christlicher Gedult ertragen. Ist aber, zu Ende dieser zehen Jahre, zwischen ihnen beyden ein Zwist entstanden, daß B** wider die V** wegen ihrer natürlichen Untüchtigkeit zur Ehe, bey dem dasigen Hochgräflichen Ehegerichte eine Scheidungsklage angebracht. Da denn die V** bey dieser Gelegenheit in dem ersten Vorbescheidstermin ihre Unvermögenheit eingestanden, durch ihre besten Worte und dringliches Flehen aber es bey B** dahin gebracht, daß er die Klage wiederum aufgehoben. Hat B** in kurzer Zeit darauf, an Annen Barbaren Sch** sich gemacht und selbige geschwängert. Entstehen dahero folgende Fragen:

1) Ob die Ehe zwischen B und V** gültig gewesen?**

2) Ob die Schwängerung der Sch für einen würklichen Ehebruch oder nur für einen unehelichen Beyschlaf (*stuprum*) zu halten?**

3) Ob B, wegen der geschwängerten Sch** mit der Strafe des Ehebruchs oder nur mit der Strafe des unehelichen Beyschlafs zu belegen?**

4) Ob die Ehe des B mit der V** für nichtig zu achten und er von ihr zu scheiden sey?**

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, B** mit der V** im Jahr 1764 eine eheliche Verbindung eingegangen, und solche mit selbiger bald darauf den Kirchengebräuchen gemäß vollzogen; mithin, daß die Ehe zwischen beyden gültig gewesen, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. die Eheleute, nach der göttlichen Einsetzung des Ehestandes, beyde ein Fleisch seyn sollen k), und die Ehe, nebst der Sättigung der natürlichen fleischlichen Begierden, die Fortpflanzung des menschlichen Geschlechts zum Endzwecke hat; alles dieses aber B** bey der ihm angetrauten V** wegen ihres engen Verschlusses, gar nicht erreichen mögen, ungeachtet er zehen Jahre hindurch mit ihr zusammen in dem angeblichen Ehestande gelebet; dergleichen Ehefrau aber, deren Geburtsglied so verschlossen, daß ihr Mann deshalb mit ihr den Beyschlaf gar nicht vollbringen mag, für keine an ihm verheyrathete Person oder Ehefrau zu halten ist l); B** auch die V**, wenn er deren Untüchtigkeit

k) 1 B. Mos. am 2. v. 24. Matthäi am 19. v. 6.

l) *l. 14. §. 7. D. de aedil. edict. l. 30. D. quando dies legat.* Wo es heist: non potest videri nupta, quae virum pati non potest.

keit zum Voraus hätte wissen sollen, nicht geheyrathet haben würde; und also die Ehe gleich anfänglich, wegen des dabey in einem wesentlichen Stücke des Ehestandes vorhanden gewesenen Irthums, zu Recht nicht bestehen m), ja, wenn er auch darum gewust, wie doch nicht ist, füglich nicht einmal verstattet werden mögen n): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die Ehe zwischen B** und V** gleich anfänglich ungültig gewesen.

Sodann, die zweyte Frage betreffend, obwohl, nach den Entscheidungsgründen der nächstvorhergehenden ersten Frage, die Ehe zwischen B** und der V** ungültig, und also eigentlich keine Ehe vorhanden gewesen; wo die Ehe aber mangelt, auch dieselbe durch einen Beyschlaf mit einer andern Person nicht gebrochen werden mögen; dahero von solchen Personen, die in einer ungültigen oder nichtigen Ehe stehen, durch einen Beyschlaf mit einer andern ledigen Person kein Ehebruch begangen wird o); mithin daß die Schwängerung der Sch** nicht für einen würklichen Ehebruch, sondern nur für einen unehelichen Beyschlaf zu halten sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. B**, nachdem er die Untüchtigkeit der ihm angetrauten V** erfahren, solche über die in den canonischen Rechten vorgeschriebenen drey Jahre p), ganzer zehen Jahre hindurch für seine Ehefrau gehalten, und ihre Untüchtigkeit zum Beyschlaf, weil sie seiner Wirthschaft rechtschaffen vorgestanden, nicht nur in christlicher Geduld ertragen, sondern auch so gar, als er wider sie deshalb nachhero auf eine Ehescheidung geklaget und sie ihre Unvermögenheit eingestanden, auf ihre besten Worte und dringliches Flehen, die Klage wiederum fallen lassen, und sie also hierdurch aufs neue für sein Eheweib erkannt hat; sodann der Endzweck der Ehe nicht bloß in Kinderzeugen, sondern auch darinne, daß beyde Theile sich einander Zeit ihres Lebens einen hülflichen Beystand leisten, bestehet q); und B**, daß die V** ihm diesen in seiner Wirthschaft rechtschaffen bewiesen, besonders rühmet; folgbar er dadurch, daß er die

m) CARPZOV *in iurispr. consist. lib.* 2. *tit.* 11. *def.* 200. *seq.*

n) WERNHER *in sel. obs. for. part.* 3. *obs.* 39. *num.* 6. *seq.*

o) ENGAV *in elem. iur. crim. lib.* 1. §. 188.

p) *c.* 5. X. *de frigid. et malef.*

q) *l.* 1. *D. de ritu nupt. l.* 20. §. 7. *D. solut. matrim. Genes.* 2. *v.* 18. und 24.

die Sch** nach der Zeit, als er die V** für sein Eheweib wiederholt erkannt, geschwängert, die eheliche Treue verletzet, und also einen Ehebruch begangen hat r); So sind wir der in Rechten gegründeten Meinung, daß unter den angezogenen Umständen die Schwängerung der Sch** nicht für einen blosen unehelichen Beyschlaf, sondern für einen Ehebruch zu halten sey.

Ferner obwohl, in Erwägung der dritten Frage, B**, wie alleweile in den Entscheidungsgründen der zwoten Frage ausgeführet worden, durch die Schwängerung der Sch** einen Ehebruch begangen hat, mithin, daß er nicht mit der Strafe des blosen unehelichen Beyschlafs, sondern mit der ordentlichen Strafe des Ehebruchs zu belegen sey, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. B** mit seinem Eheweibe, der V**, die eheliche Pflicht, wegen deren natürlichen Untüchtigkeit nicht vollbringen, dahero auch seinen natürlichen Trieb bey ihr nicht sättigen mögen; und dieserhalb, aus Mangel der Enthaltsamkeit, mit der Sch** zu thun gehabt und diese geschwängert hat; solche Umstände aber die Strafe des Ehebruchs lindern s): So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß B** wegen der geschwängerten Sch** nicht mit der ordentlichen Strafe des Ehebruchs zu belegen, sondern deshalb nur mit einer ausserordentlichen und etwas härtern, als auf den unehelichen Beyschlaf gesetzten Strafe anzusehen sey.

Endlich obwohl, in Betracht der vierten Frage, die Ehe welche B** mit der V** errichtet hat, gleich anfänglich, wie in den Entscheidungsgründen der ersten Frage gezeiget worden, ungültig gewesen, und in solchem Fall es keiner Scheidung bedarf, sondern die Ehe für null und nichtig zu erklären ist t); mithin, daß die Ehe des B** mit der V** für nichtig zu achten, und B**, als dem unschuldigen Theile eine anderweite Heyrath zu vergönnen sey, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d.

r) CARPZOV *in pract. rer. crim. part.* 2. *qu.* 52. *num.* 48.

s) CARPZOV *in pract. rer. crim. part.* 2. *qu.* 61. *num.* 14. *seq.* ENGAV *in elem. iur. crim. lib.* 1. *tit.* 15. §. 200.

t) LEYSER *spec.* 315. *med.* 5.

D. a. u. d. B**, nachdem er den Naturfehler seines Eheweibes gleich nach der Beschreitung des Ehebettes erfahren gehabt, sich derselben nicht entäusert, sondern dieselbe wegen ihrer guten Wirthschaftsführung behalten, und den Fehler in christlicher Geduld zehen Jahre hindurch nicht nur ertragen, sondern auch so gar, nachdem er, auf einen zwischen ihn und ihr entstandenen Zwist, wider sie gerichtlich geklaget, und, wegen ihrer natürlichen Untüchtigkeit zum Ehestande, eine Ehescheidung gesuchet, die Klage gleich in dem ersten Vorbescheidstermine, da sie ihre Unvermögenheit eingestanden und ihm die besten Worte gegeben, wiederum fallen lassen, hiedurch aber sich seines Rechtes begeben und in die Fortdauer der Ehe gewilliget hat; und dann in dem Fall, da beyde Eheleute, wovon der eine Theil, als wie dermalen die Ehefrau, zum Ehestande untüchtig ist, bey einander zu bleiben einig geworden, der Mann, nach dem canonischen Recht, seine Ehefrau, obschon nicht als sein Eheweib, doch wenigstens als seine Schwester und Gesellin zu behalten, verbunden ist u); folgbar B** nunmehro wider sein Eheweib auf eine Nichtigkeit der Ehe nicht klagen mag, wohl aber seinem Eheweibe deshalb, daß er die Sch** nach der Zeit geschwängert, und dadurch, Inhalts der Entscheidungsgründe bey der zwoten Frage, gegen sein Eheweib die Ehe gebrochen hat, eine Ehescheidungsklage wider ihn zustehet:

So gehet unsere rechtliche Meinung dahin, daß nunmehro, nachdem B** die Untüchtigkeit seines Eheweibes sich zu wiederhohlten malen gefallen lassen, seine Ehe mit derselben keineswegs für nichtig erkläret werden könne, hingegen sein Eheweib von ihm, wegen der geschwängerten Sch**, im Fall sie sich ihres Rechtes deshalb nicht etwa schon begeben haben sollte, sich scheiden zu lassen, wohl befugt sey. V. R. W.

XXXXVI.

Rechtliches Gutachten

nach J** im Jenner 1764.

1. Ein Vergleich, welchen ein Bevollmächtigter Nahmens seines Constituentens vorsetzlich diesem zum Schaden geschlossen, bestebet

u) *c. 5. X. de frigid. et malefic.*

het nicht; ob er gleich zu Schliessung des Vergleichs eine unum-schränkte Macht, der Vergleich möchte zum Gewinst oder Verlust gereichen, erhalten haben sollte.

2. Wenn Einige der Gemeinde ein ihnen zuständiges Feld, worauf der ganzen Gemeinde der Quasibesitz der Hüthung zustehet, veräusern, so muß dem ungeachtet der Erwerber dieses Feldes die Hüthung so lange dulden, bis er zeiget, daß die Gemeinde darauf kein Hüthungsrecht habe.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst zweyen Fragen zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, d. s. W. v. R.

Ist ein Strich Land zwischen Grosschwabhausen und Isserstedt, so die Wüstung Schlettwein genennet wird, woran die Gemeinde Grosschwabhausen zwey Drittheil, und einige von der Gemeinde Isserstedt Eindrittheil haben, und, in Ansehung dieses Eindrittels, Theilhabere der Wüstung Schlettwein genennet werden. Ist zwischen den Gemeinden Großschwabhausen und Isserstedt, wegen der Trift auf der Wüstung Schlettwein, und, weil erstere die letztere gepfändet hatten, vor dem Hochfürstlich Sächsischen gemeinen Hofgerichte zu Jena ein Proceß entstanden, und, da die im Jahr 1746 klagende Gemeinde Isserstedt ihren Besitz gehörig bescheiniget gehabt, von diesem hohen Gerichte in termino aduentus den 9ten December 1748 für die implorantische Gemeinde Isserstedt ein Urthel folgenden Inhalts:

> Daß Imploranten in posessione vel quasi der alleinigen Hüthung mit dem Rindvieh auf ⅓ Schlettwein und der Koppelhüthung mit dem Schafvieh im ganzen Schlettweiner Fluhr so lange, bis Imploraten in posessorio oder petitorio ein anders ausgeführet, billig zu schützen:

publiciret worden; wobey es auch in der Apellationsinstanz zu Weimar in zweyen darauf erfolgten Urtheln, nebst Vertheilung der imploratischen Gemeinde Großschwabhausen in die Unkosten des verzögerten Processes, verblieben. Ist darauf wegen dieser Unkosten das zum Object der Execution angegebene Großschwabhäuser Brauhaus nebst deren Gemeindegütern von dem Amte Roßla, an welches die Isserstedtische Gemeinde

dieserhalb von dem Hofgerichte Commißion ausgewürket hat, subhastiret worden; welche commissarische Subhastation, als sich geäussert, daß das Brauhaus nicht der Gemeinde, sondern der dasigen Kirche gehörte, ins Stecken gerathen. Hat die Gemeinde Großschwabhausen wegen angeblich an den Theilhabern zu Isserstedt, in Ansehung ihres ⅓ Schlettwein zu fordern habenden Frohngelder, einen Gegenanspruch gemacht. Hat dahero, der zu Anfange des Streits als Mitimplorat in dem Proceße mit begriffene Hr. D. Meckbach zu Capellendorf von dem die Gemeinde Großschwabhausen zu obgedachter Pfändung veranlaßt gewesen, Gelegenheit genommen, zwischen den Syndicen und Gerichtsschöppen der Gemeinde Großschwabhausen und der Gemeinde Isserstedt einen Vergleich unter den 12ten May 1762 dahin:

Die Gemeinde Isserstedt renunciiret der Huth und Trift, auch der deswegen aufgelaufenen Kosten halber, liti et causae und giebt der Großschwabhäuser Gemeinde vor die ausgeklagten Frohngelder noch vierzig Gulden baar heraus, und über dieses alljährlich Walburgis 2. Rthl. Frohngelder der Großschwabhäuser Gemeinde wegen ihrer in Schlettwein habenden Grundstücke; dargegen renunciiret auf den Fall die Auszahlung der verglichenen 40 fl. Frohngelder erfolget, die Großschwabhäuser Gemeinde ebenfalls dieser Frohngelder halber, liti et causae und stehet der Isserstedter Gemeinde auf ihren dritten Theil mit ihren Schafvieh die Trift und Weyde in dem Schlettweinischen Fluhr, unten wo der Mägde Steig, wenn man von Jena kommt, sich anfängt, zu:

zu stiften und zu bestätigen. Ist es dabey eine Zeit lang verblieben, bis bey und nach geendigten Preusischen Kriege sich neue Zwistigkeiten entsponnen, besonders daß die Isserstedter Theilhaber des ⅓ Schlettweins wegen dieses Theils schlechten Boden und daß sie höher in der Steuer lägen, weder die Schwabhäuser mit ihrem ⅔, bey dem hochfürstl. Cassen Steuer Ober directorio um Moderation derselben, und daß sie wenigstens den Großschwabhäusern gleich gesetzt werden möchten, oder ihren ⅓ aufgeben dürften, gebethen haben; da denn aber ihrem Gesuche wegen der Steuer Moderation nicht deferiret und die gebethene Erlaubniß zur Resignation ihres ⅓ Schlettweins mit Stillschweigen übergangen worden, und dieses, allen Wahrscheinlichkeit nach, wegen des von dem Amte Capellendorf widrig erstatteten Berichtes; zu welchen dieses mit Anlaß gegeben, daß das Amt meinet, weil sich Großschwabhäuser Seits die Gerichtspersonen Hans Nicol Stiebritz und Hans Adam

Reitz,

Reiz, laut Capellendorfischen Amtsprotocolls unter den 12ten May 1762 zu Annehmung der Isserstedter Theilhaber ihres ⅓ Schlettweins gemeldet und die Steuren nach den bisherigen Fuße, jedoch daß die Trift es sey mit dem Rind- oder Schafvieh wegfiele, abzuführen und fortzugeben sich erbothen, dieses ⅓ nicht schlecht, sondern sehr gut seyn müsse, immasen diese Leute sonst das ⅓ mit dem ehemaligen Beschwerden anzunehmen, sich nicht geweigert haben würden. Will nun die Gemeinde Isserstedt weder mit der obgedachten Renunciation ihrer ehemaligen Syndicen auf die Koppelweide in Ansehung der Großschwabhäuser ⅓ noch mit der Aufgebung der Isserstedischen Theilhaber ihres ⅓ Schlettweins, wegen ihrer, der Isserstedter Gemeinde, auf diesen ⅓ Schlettwein erstrittenen Trift nicht zufrieden seyn. Wird demnach gefraget:

1) Ob nicht die Renunciation der Isserstedter Syndicen und Gerichtsschöppen auf die Koppeltrift in Ansehung der Großschwabhäuser ⅓ Schlettwein, samt der Compensation derer der Gemeinde Isserstedt zugesprochenen Unkosten des verzögerten Processes gegen der Isserstedter Theilhaber nach Großschwabhausen schuldigen Frohngelder null und nichtig, oder doch die Gemeinde Isserstedt, als solche darwider in vorigen Stand zu setzen und annoch zu den mehrgedachten Kostenersatz und der Koppeltrift mit dem Schafviehe in der ganzen Schlettweiner Fluhr, nach Maasgabe des obgedachten Urthels, gelangen können?

2) Ob nicht auf alle Fälle, wenn die Theilhaber zu Isserstedt ihr ⅓ Schlettwein veräusern oder aufgeben, dennoch der Gemeinde Isserstedt die Trift auf solchen ⅓ nach wie vor verbleiben müsse, und ohne Vorbewust der Gemeinde nicht aufgehoben werden könne?

Ob nun wohl, die erste Frage anlangend, der Aussteller einer allgemeinen Vollmacht dasjenige, so von seinem Bevollmächtigten in seinem Nahmen gehandelt worden, als wenn er es selbst verrichtet, halten muß; so gar, daß wenn auch der Bevollmächtigte dabey sein Amt nicht treulich verwaltet, sondern seinem Principal aus Vorsatz oder Nachläßigkeit geschadet hat, der Bevollmächtigte seinen Principal deshalb zwar verantwortlich bleibet, nicht aber der Constituent deswegen das

mit dem Dritten geschlossene Geschäfte widerrufen kann x); folgbar, daß auch ein gleiches, bey einer Gemeinde, wenn sich selbige zu Besorgung ihrer Geschäfte gewisse Syndicen bestellt hat, zu behaupten sey, dafür gehalten werden möchte y); und dieses um so weniger bezweifelt werden zu können, scheinet, wenn die Gemeinde, wie gegenwärtig die Gemeinde Isserstedt gethan, ihren Syndicen ein allgemeines Syndicat, dergestalt ertheilet hat, daß die Syndicen, sammt und sonders, alle, sowohl ihre jetzigen, als künftigen die Gemeinde betreffenden Angelegenheiten, auch solche, wozu sonst eine besondere Vollmacht gehöret, als besonders auch Vergleiche zu schliesen, zu handeln, thun und zu verrichten befugt seyn sollen, und die Gemeinde, es gereiche ihr zum Gewinst oder Verlust, dasselbe jeder Zeit zu genehmigen stet und festiglich zu halten, versprochen; mithin, daß der Vergleich, welchen die Syndicen und Gerichtsschöppen mit den Syndicen der Großschwabhäuser Gemeinde geschlossen, und worinne jene sich der Isserstedtischen Koppeltrift auf der Großschwabhäuser ⅓ Schlettwein begeben und die der Isserstedter Gemeinde zustehende Forderung wegen der Unkosten des verzögerten Processes, gegen der Isserstedter Theilhaber nach Großschwabhausen schuldigen Frohngelder aufgehoben, weder als ungültig anzusehen sey, noch der Isserstedter Gemeinde dargegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten komme, es scheinen möchte:

D. a. u. d. die Syndicen mit einem blossen Bevollmächtigten nicht völlig verglichen werden können, indem einer Gemeinde zugleich die Rechte der Unmündigen und Minderjährigen zustehen z), und dahero ihre Syndicen gleichsam als ihre Vormünder, welche zum Schaden ihrer Curanden keine Vergleiche schliesen können, anzusehen sind a); auch das obangeführte Gesetz aus dem Codice die Handlungen des Procurators fürnämlich wegen der vorhandenen Rechtskraft für unumstößlich erkläret, sintemal sonst dasjenige, was von einem Bevollmächtigten, so eine unumschränkte

x) *l.10. C. de procurat. Ibi:* quod si plenam potestatem agendi habuit, rem judicatam rescindi non oportet, *cum si quid fraude vel dolo egerit*, conuenire eum more iudiciorum non prohibearis. LAVTERBACH *in coll. theor. pract. lib.* 3. *tit.* 3. §. 58.

y) *l.* 6. §. 3. *D. quod cuiuscunqu. vnivers. nom.* Vbi: *actor vniversitatis procuratoris partibus fungitur.*

z) CARPZOV. *decis.* 205. *num.* 18.

a) *l.* 46. §. 7. *D. de administr. et peric. tut.* LEYSER *spec.* 54. *med.* 12.

schränkte Macht erhalten, zu seines Herrn Schaden vorsätzlich unternommen wird, nicht bestehet b); und ob schon der Principal in der Vollmacht, daß er seines Bevollmächtigten Handlungen, sie möchten ihm zum Gewinst oder Verlust gereichen, genehmigen wollte, gesetzt hätte, dieses dennoch seiner Absicht nach, wenn der Bevollmächtigte ihm nicht vorsätzlich schaden würde, billig zu verstehen, und keinesweges dahin, daß der andere Theil mit dem er paciscirt, mit seinem, des Bevollmächtigers, offenbaren Schaden sich bereichern solle, auszulegen ist; sodann die Gemeinde Isserstedt zwar ihren Syndicen in dem Syndicate das Befugniß, Vergleiche zu schliessen, ausdrücklich verwilliget hat, allein dieses, nach der Natur des Vergleichs, zweifelhafte Sachen voraus setzet c), und dahero über ausgemachte Sachen, dergleichen diejenigen sind, welche man durch ein rechtskräftiges Urthel erstritten hat, zwar ein pactum remissorium, keinesweges aber ein Vergleich eingegangen werden kann, sondern wenn dieses demungeachtet geschiehet, der Vergleich das aus der Rechtskraft erlangte Recht nicht aufhebet d); und dann, nach der Geschichtserzählung, die Isserstedter Gemeinde durch drey rechtskräftige Urthel den Besitz wegen der Koppeltrift auf den ⅜ Schlettwein der Großschwabhäuser Gemeinde erfochten hat, und ihren Syndicen in dem Syndicate, die offenbaren Befugnisse der Gemeinde zu vergeben, keine Vollmacht ertheilet ist: folglich selbige auch darüber keinen Vergleich schliessen können e); hiernächst, was besonders die zugleich mit in Frage gebrachte Compensation, welche die Syndicen der Isserstedter Gemeinde mit den Syndicen der Großschwabhäuser Gemeinde wegen der Unkosten des verzögerten Processes gegen die Frohngelder vorgenommen haben, betrift, zwar Geldschulden gegen einander aufgehoben werden können f), solches aber doch nur unter einerley, nicht aber unter verschiedenen Gläubigern und Schuldnern Statt findet g); folgbar da nun nicht die Isserstedter Gemeinde, sondern nur einige einzelne Glieder derselben, nämlich die Theilhaber des ⅜ Schlettweins wegen der Frohngelder in Anspruch genommen worden, diese mit den Unkosten des verzögerten Processes, als welche die ganze Isserstedtische Gemeinde an den Großschwabhäusern zu fordern hat,

b) *l. 60. in fin. D. mandati vel contra.*

c) *l. 1. D. de transact.*

d) *l. 32. C. de transact.*

e) *l. 12. C. de transact.* GAIL. *lib. 2. obs. 72. num. 13.* LEYSER *spec. 54. med. 12.*

f) *l. 4. C. de compensat.*

g) *l. 18. §. 1. D. l. 9. C. de compensat.*

hat, nicht gegen einander aufgehoben werden mögen; ausserdem auch den Gemeinden ohn Unterschied, nach dem in Teutschland üblichen Gerichtsgebrauche, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten kommt h), daß sie, gleich den Unmündigen, nicht eben vorhero erst ihre Syndicen zu belangen nöthig haben i); und wo allenfalls einiger Zweifel, ob das Geschäfte als null angefochten werden könnte? obwalten sollte, die quaerela nullitatis mit dem remedio restitutionis in integrum cumuliret werden kann k): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß, bewandten Umständen nach, die Gemeinde Isserstedt die *quaerelam nullitatis* mit der *restitutione in integrum* cumuliren könne, und dadurch zu dem mehrgedachten Kostenersatz und der Koppeltrift mit dem Schafvieh in der ganzen Schlettweiner Fluhr, nach Maasgabe des obgedachten Urthels zu gelangen, Hofnung habe.

Obwohl, was die zweyte Frage betrift, ¼ Schlettwein nur Einigen von der Gemeinde Isserstedt und zwar den Syndicen derselbe, welche den mehrgedachten Vergleich eingegangen haben, zugehöret, und dahero, daß diese auch das ¼ Schlettwein ohne Willen der Gemeinde Isserstedt an Andere abtreten können, um so mehr, da die Gemeinde Isserstedt in den obgedachten Urtheln nicht das Recht, sondern nur die Beschützung des Besitzes in der alleinigen Hüthung mit dem Rindvieh auf den ¼ Schlettwein erlanget, es scheinen möchte:

D. a. u. d. bey dieser Sache die Syndicen der Gemeinde Isserstedt nicht als Syndicen sondern als Theilhabere des ¼ Schlettweins anzusehen sind; und also denselben zwar durch Aufgebung dieses Stücks Landes sich zu schaden unverwehret ist; gleichwohl aber solches der ganzen Gemeinde, als welche in dem Besitze der alleinigen Hüthung mit dem Rindviehe auf den ¼ Schlettwein rechtskräftig geschützet worden, nicht zum Nachtheil gereichen kann, anerwogen der Gemeinde Isserstedt selbst dieser Besitz in Ansehung des ¼ Schlettweins zustehet, und dahero, ein jeder, der dieses Land überkommt, die Hüthung so lange, bis er zeiget, daß die Gemeinde kein Recht dazu habe, leiden muß l); mithin

h) BRUNNEMANN *ad l. 4. C. quib. ex caus. maj.* BERLICH *par. 2. decis.* 216. *et* 218. WERNHER *in sel. obs. for. par.* 3. *obs.* 74.

i) *l. 3. C. si tut. vel curat. interu.*

k) *C. 8. X. de restit. in integr.* WERNHER *par. 9. obs.* 189. SCHAUMBURG *in dig. lib. 4. tit. 1. §. 8.*

l) *l. 23. §. 2. D. de seruit. rust. praed.*

hin dasjenige, was die Syndicen dieserhalb vorgenommen, als eine Sache die unter Andern geschlossen worden, der Gemeinde Isserstedt nichts angehet: So sind wir des in Rechten gegründeten Dafürhaltens, daß der Gemeinde Isserstedt die Trift auf solchem Eindrittel nach wie vor verbleiben müsse, und dieselbe ohne Vorbewußt der Gemeinde nicht aufgehoben werden könne. V. R. W.

XXXXVII.

Von der Unrechtmäsigkeit des sechsten Zinsthalers, besonders bey einem durch einen Wiederkauf und Pachtcontract bemäntelten Darlehn.

§. 1.

Ob zwar in dem Justinianeischen Rechte m), sich den sechsten Zinsthaler zu bedingen, erlaubet worden, so ist selbiger doch in Teutschland durch die Reichsgesetze nicht nur bey einem Darlehn, sondern auch bey allen andern Contracten, welche zu dessen Bemäntelung errichtet worden, verbothen n). Dahero denn auch noch heutiges Tages derselbe unerlaubt ist, woferne nicht an einem Orte ein besonderes Gesetz oder Gewohnheit vorhanden, wodurch den Unterthanen, sich den sechsten Zinsthaler versprechen zu lassen, verstattet wird o).

§. 2.

Sollte es also seyn, daß sich jemand unmäsige, das ist, in den Gesetzen der Größe nach verbothene, Zinsen hätte versprechen lassen, so hat er selbige darauf nun auch entweder bereits erhalten, oder nicht. Ist das letztere, so hat er wegen des Uebermaases gar keine Klage p). Ist das erste, so kann ihm der Schuldner, woferne dieser noch nicht das Capital abgetragen hat, das Uebermaas der Zinsen an selbigem abrechnen q). Hingegen hat der Schuldner das Capital mit den übermäsigen Zinsen bereits

m) *l. 26. §. 1. C. de usur.*

n) in dem Reichsabschiede vom Jahr 1500, 1530, 1548, 1577. unter dem Titel von wucherlichen Contracten, und in dem neuesten Reichsabschiede vom Jahr 1654. §. 174.

o) WERNHER *part. 5. obs. 201.* LEYSER *spec. 245. med. 1.* und 2. *Facult. iurid. Erford. respons. et sentent. collectio, num. CLV.*

p) *l. 26. §. 1. C. de usur.*

q) nach eben dem *l. 26. §. 1. C. de usur.*

bereits bezahlet, so kann derselbe von ihm das Uebermaas der Zinsen; als eine an dem Capital unpflichtmäßiger Weise zu viel bezahlte Summe, condictione indebiti zurück fordern r). Wobey denn auch dem Schuldner, weil er dabey keinen Gewinnst, sondern nur die Einbuse des Seinigen zu vermeiden suchet, die Unwissenheit oder der Irthum in den Rechten keinesweges entgegen stehet s).

§. 3.

Es meinet zwar der Herr von Cramer t), dem auch Struben u) beypflichtet, daß diese ebengedachte Klage wegen bereits bezahlter übermäsiger Zinsen nicht angestellet werden könnte, sondern daß der Gläubiger dasjenige, was er einmal erhalten, behielte; allein seine Gründe scheinen nicht hinreichend zu seyn. Selbige sind, weil erstlich, die Bezahlung des versprochenen sechsten Zinsthalers eine natürliche Schuld, und zweytens, in dem Reichsabschiede vom Jahr 1654 §. 174 ausdrücklich die Verordnung: was an Capital oder Zinsen allschon bezahlet ist, derowegen keine Zurückforderung oder Abkürzung Statt haben soll: zu befinden wäre. Hierwider habe ich aber folgende Zweifel. Erstlich ist es nicht allgemein wahr, daß die Bezahlung des versprochenen sechsten Zinsthalers eine natürliche Schuld sey, denn die natürliche Verbindlichkeit, so aus einem Vertrage entspringet, ist keine absolute, sondern nur eine hypothetische Verbindlichkeit. Es kann sich zutragen, und es geschiehet auch in dieser Sache oftermalen, daß ein Schuldner, um nur einen Geldvorschuß zu bekommen, über sein Vermögen den sechsten Zinsthaler verspricht, daß der Gläubiger sich seiner Noth aus Gewinnsucht bedienet, und ihm das Geld nicht anders, als gegen den sechsten Zinsthaler, leihen will, oder daß er ihn hierzu mit Arglist beredet. Ein solches Versprechen kann alsdenn nicht mit der natürlichen Billigkeit bestehen. Gesetzt aber auch, daß es eine natürliche Verbindlichkeit zuwege brächte, so ist selbige jedoch eben deswegen, daß die bürgerlichen Gesetze wegen der bezahlten unmäßigen Zinsen ausdrücklich die condictionem indebiti

r) *l. 26. pr. D. de vsur.* CARPZOV *part. 2. const. 30. def. 4.* WERNHER *part. 5. obs. 201.* LAUTERBACH *in coll. pract. lib. 22. tit. 1. §. 24 et 29.* MEVIUS von wucherlichen Contracten *part. 1. cap. 5. §. XI.*

s) *l. 7. l. 8. D. de iuris et facti ignor. l. 41. §. 1. D. de reg. iur.*

t) in *obseruat. iur. vniu. tom. I. obs. 100, §. 2.* und *tom. IIII. obseru. 1005.*

u) in rechtlichen Bedenken, *III.* Th. Num. *CXXXIII.* am Ende.

indebiti verwilligen (§. 2.), als eine durch selbige reprobirte natürliche Billigkeit anzusehen. So wie man dergleichen auch bey der Bürgschaft einer Weibesperson antrift, die gleichergestalt das wegen ihrer Bürgschaft bereits bezahlte Geld mit eben der Klage wiederum zurück fordern kann x). Zweytens ist die angezogene Verordnung des Reichsabschiedes von denen damals bereits bezahlten Zinsen zu verstehen, da man wegen einer Collision bey den damaligen verwirrten Zeitumständen, so der dreyßigjährige Krieg verursacht hatte, neue Processe der schon bezahlten Zinsen halber zu gestatten, für bedencklich hielte.

Rechtsfall.

Der Meier A** hat gewisse ihm eigenthümlich zugehörige Pächte benebst einem an seinem Hofe gelegenen Kuhkampe. Er wird von seinen Gläubigern, welche von ihm befriediget seyn wollen, zudringlich angegangen. Er braucht deshalb höchstnöthig einiges Geld, dahero er sich an den Hr. Hauptmann von A** wendet, und selbigen um ein Darlehn von 300 Rthl. anspricht. Dieser will ihm aber selbige in Louis d'or nicht anders vorschiessen, als wenn er ihm zuvorgedachte Pächte benebst dem Kuhkampe mit allen Zubehör für sothane 300 Rthl. auf ein Jahr dergestalt wiederkäuflich überliesse, daß wenn er, der Schuldner, selbige nach Verlauf des Jahres wieder an sich kaufen, oder er, der Gläubiger, selbige nicht länger behalten wollte, solches ein halbes Jahr zuvor angekündiget und alsdenn, nach diesem halben Jahre, die 300 Rthl. in den nämlichen Münzsorten baar wiederum bezahlet würden, ausserdem aber, wenn kein Theil dem andern die Lose oder Aufkündigung thäte, der Wiederkaufscontract gleichergestalt auf ein Jahr wiederum verlängert seyn, er, der Gläubiger, aber, wenn der Schuldner, nach vorgängig geschehener halbjährigen Aufkündigung, die Stücke nicht wiederum einlösete, selbige öffentlich zu verkaufen die Macht haben, und sich von dem Subhastationsgelde dergestalt bezahlt zu machen berechtiget seyn sollte, daß wenn ein Ueberschuß heraus käme, er diesen dem Schuldner aushändigte, im Fall aber weniger daraus gelöset würde, der Schuldner ihm das Mangelnde, nebst Erstattung der hierbey verursachten Kosten und Schäden annoch nachzahlete. Der Meier A** läst sich dieses nun auch gefallen, und entsaget dabey an Eydes Statt allen Einreden sowohl überhaupt, als insbesondere

x) l. 8. §. 3. *D. ad Sct. Vellej.*

dere der exceptioni simulati et non impleti contractus, doli mali, metus, restitutionis in integrum, deceptionis et laesionis vltra dimidium, auch allen andern rechtlichen Behelfen und Reichsconstitutionen, so hier einschlagen, und wie die alle Nahmen haben mögen, gleich als wären sie insonderheit erzählet und nahmhaft gemacht worden. Dieser Contract wird den 28ten May 1766 geschlossen, und gleich den darauf folgenden Tag, nämlich den 29ten May eben des Jahres, von dem Hofgericht zu D** gerichtlich bestätiget. Weil nun aber der sechste Zinsthaler zu D** nicht üblich ist, so muß der Meier A** seinem Gläubiger dem Hr. von A**, ohne daß das Hofgericht darum etwas weiß, zugleich versprechen, daß er solche wiederkäufliche Stücke, gegen ein jährliches Pachtgeld von 18 Rthl. in Pacht nehmen und darüber eine Handschrift ausstellen wolle. Welches sich denn auch derselbe gefallen läßt, und darüber, daß er die dem Hr. von A** wiederkäuflich verkauften und von selbigem hinwiederum gepachteten Pächte mit dem einen Kuhkamp jährlich achtzehen Reichsthaler in vollwichtigen Louis d'or zu gehöriger Zeit richtig als Pachtgeld geben und getreulich überbringen wollte, unter eben dem 29ten May 1766, eine Handschrift ausstellet.

Es geschiehet darauf, daß der Meier A** dieses Pachtgeld zwar etliche Jahre hintereinander abträget, endlich aber von zwey Jahren damit in Rückstande verbleibet. Weshalb der Hr. von A**, zu Anfange des 1772sten Jahres, wider ihn klaget. Hierbey den Wiederkaufscontract zum Grunde leget, von dem Pachtcontracte aber nichts erwähnet, sondern nur gedenket, daß Implorat nicht nur die schuldigen Pächte von zwey Jahren aufschwellen lassen, sondern auch das ihm vorbehaltene Wiederkaufsrecht, der geschehenen Losung ungeachtet, nicht in Ausübung bringen zu wollen schiene. Weshalb er bittet, den Imploraten durch ein mandatum poenale S. C. anzubefehlen, daß er die wiederkäuflich an ihm veräuserten Pächte benebst dem Kuhkampe, mittelst Erlegung der Kaufsumme zu 300 Rthl. in Louis d'or, und Abtragung der rückständigen Pächte, fördersamst wieder einlösete, und alle verursachten Kosten erstattete, oder gewärtige, daß mehrerwähnte Pächte und Kuhkamp, zu diesem Behuf, auf seine Gefahr und Kosten öffentlich subhastiret würden.

Das Gericht communiciret Imploraten diese Imploration, und erkennet an selbigen das gebethene mandatum S. C.

Implo-

Implorat läßt aber selbiges unbefolget. Dahero wird num. act. 9, auf dessen von Imploranten angeklagten Ungehorsam, am 1sten Julius 1772 decretiret: daß, nachdem in dem Wiederkaufscontracte von 28ten May 1766 *num. act. 2.* jedweden Theile eine halbjährige Loßkündigung unter der weitern Abrede vorbehalten worden, daß bey deren Verfehlung der Contract auf ein Jahr stillschweigend verlängert seyn sollte, und wie solche Lose vorhin geschehen, in Acten nicht constiret, die Klage Statt deren anzunehmen und Beklagter anzuweisen sey, die verkauften Pächte nebst dem Kampe, mittelst Bezahlung der Kaufgelder und davon rückständigen Zinsen, bey Ablauf dieses Monats Julius wieder an sich zu bringen, oder alsdenn deren öffentlichen Verkauf zu gewärtigen. *Compensatis expensis.*

Dieses Decret wird rechtskräftig. Und, weil Beklagter demselben keine Genüge leistet, so bittet Kläger nunmehro mit der Subhastation zu verfahren.

Beklagter macht darauf einen Käufer aus, und bittet mit der Execution anzustehen.

Kläger liquidiret das Capital, nebst den Zinsen zu 6 Procent und die Kosten.

Hierauf erfolget num. act. 27. das Decret von 21ten April 1773, worinne auf die Bezahlung der 300 Rthl. Capitalschuld, nebst den rückständigen Zinsen, zu fünf Procent, und wegen des *residui* zuförderst *terminus ad liquidandum* erkannt wird.

Kläger liquidiret dahero aufs neue seine vorigen Forderungen, und bringet wiederum den sechsten Zinsthaler mit den Kosten in Ansatz.

Beklagter schützt gegen den sechsten Zinsthaler vor, daß selbiger Reichsconstitutionswidrig wäre, wie er denn auch wegen der Kosten auf obiges Decret, num. act. 9. worinne selbige bereits rechtskräftig compensiret worden, sich beziehet.

Kläger producirt nunmehro wegen des sechsten Zinsthalers num. act. 34. die oberwähnte Handschrift des Beklagtens, als einen wieder abgefundenen Pachtcontract von 29ten May 1766. Vermöge dessen Beklagter an jährlichen Pachtgeldern 18 Rthl. zu entrichten sich anheischig gemacht hätte.

Beklagter wendet darwider ein, es wären diese versprochenen 18 Rthl. nichts anders, als Zinsen des vorgeliehenen Capitals von 300 Rthl.

Es wird darauf num. act 35. am 21 Julius 1773 folgendes Decret ertheilet: daß bey denen in den Acten vorkommenden Umständen dem von A** von denen 300 Rthl. nicht mehr als fünf Procent Zinsen zu adjudiciren, und der vorhin unrechtmäßig empfangene sechste Zinsthaler an dem Capital abzukürtzen. *Compensatis expensis.*

Kläger ergreift darwider die Nullitätsquärel. Allein es erfolget num. act. 45 am 19ten October 1774 das Hofgerichts conclusum: daß es, des eingewendeten *remedii nullitatis* ohngeachtet, bey dem *decreto* von 21ten Julius 1773 *num. act. 35.* schlechterdings zu belassen, und Querulant die in dieser Instanz verursachten Kosten, *praeuia earum specificatione et moderatione*, zu bezahlen, auch seines temerären Querulirens halber, nach Vorschrift der Hofgerichtsordnung, in 5 Gfl. Strafe zu condemniren sey. V. R. W.

Kläger interponiret darwider das remedium restitutionis in integrum, und bittet um Versendung der Acten. Selbige werden nun auch, nachdem beyde Theile mit einander ihren Schriftwechsel geendiget, anhero geschickt. Und der Schöppenstuhl ertheilet nach D** im Junius 1776 folgendes

Urthel

Auf eingewandtes remedium restitutionis in integrum, dessen Justification, darwider vorgeschützte Einreden und fernere Schriften des Hauptmanns von A**, zu U**, Klägers und Implorantens an einem, des Meiers A**, Beklagtens und Imploratens am andern Theil, erkennen - - -, nach eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, vor Recht:

Daß es, des eingewandten *remedii restitutionis in integrum* ungehindert, bey dem an 19ten October 1774 eröfneten *num. act.* 45 befindlichen Hofgerichts *Concluso* billig verbleibet. Es ist auch Kläger die Unkosten des verzögerten Processes, nach vorgängiger deren Liquidation und unserer Ermäßigung, dem Beklagten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Zwei=

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Kläger zu Begründung seiner Beschwerden anführet, daß er 1) nicht für einen muthwilligen Streiter zu achten sey, masen er seine Capitalien mehrentheils in Churhannöverischen, woselbst durchgehends sechs Procent Zinsen landüblich wären, ausstehen hätte, und die Rechtmäsigkeit des sechsten Zinsthalers von den neuern Rechtsgelehrten nicht in Zweifel gezogen würde y); welches 2) in dermaligem Falle um so mehr zu beabsichtigen sey, als er von Beklagtem keine Zinsen, sondern ein jährliches Pachtgeld juxt. num. act. 34 erhalten hätte; welches er, Kläger, weil er durch die wiederkäuflich von dem Beklagten nebst dem Kuhkampe an sich gebrachten Pächte, von diesen Eigenthumsherr geworden wäre, sich wohl bedingen mögen, bevorab da 3) Beklagter einer der wohlhabensten Freymeier im dem ganzen Amte Detmold wäre, der allenthalben Credit hätte, und gar leichte anderswo Geld hätte erlangen können, wenn er den am 28ten May 1766 mit ihm geschlossenen Wiederkaufs Contract num. act. 2. nicht für rathsamer und vortheilhafter gehalten hätte, indem er mit den Kaufgeldern der 300 Rthl. 20 und mehr Procent gewinnen können; welcher Contract dahero 4) um so weniger für simulirt zu halten sey, als eines Theils Beklagter allen Einreden, insbesondere der exceptioni simulationis, doli, constitutionum imperialium etc. an Eydes Statt entsaget, andern Theils dieser Contract auch Tages darauf, nämlich an 29ten May eben des 1766sten Jahres gerichtlich bestättiget worden sey; und überdem 5) gemeinen Rechten nach, sechs Procent Zinsen zu nehmen, ausdrücklich verstattet werde z); dem auch die Reichsgesetze, insbesondere der neueste Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 174, nicht entgegen stehe, gestalten die darinne enthaltene Verordnung lediglich zu Gunsten der durch die dreyßigjährigen Kriegesunruhen unterdruckten armen Schuldner gemacht worden wäre; mithin, daß anders, als geschehen zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. die Reichsgesetze die Zinsen zu sechs von Hunderten verbiethen, indem in dem neuesten Reichsabschiede vom Jahr 1654 §. 174, welcher auf die lange vor dem dreyßigjährigen Kriege verfaßte Reichs

y) Meier von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinß Thalers in Teutschland.

z) *l. 26. §. 1. C. de usuris.*

Reichs Satz- und Ordnungen, so ganz allgemein lauten a), sich beziehet, ausdrücklich enthalten, daß die zukünftigen Zinsen und Interesse von nun an, sie seyn aus wiederkäuflichen Zinsen oder vorgestreckten Anlehen herrührig und versprochen, weiter nicht als fünf Procent alle Jahr bezahlet werden sollten; und ob es gleich ad 1) verschiedene Oerter in Teutschland giebet, woselbst die Gesetze oder Gewohnheiten, den sechsten Zinsthaler sich zu bedingen, erlauben, dieses jedoch nicht auf andere Oerter, wo dergleichen Gesetz oder Gewohnheit nicht ebenfalls vorhanden ist, angewendet werden darf, masen die Unterthanen jedes Landes nach dessen eigenen daselbst eingeführten Rechten leben; Kläger aber, daß in Dettmoldtischen ein Gesetz oder Gewohnheit, wodurch, die Zinsen zu sechs von Hunderten sich zu bedingen, verstattet worden sey, gar nicht beygebracht hat; vielmehr schon ehedessen im Jahre 1749 nach Dettmoldt dem Gläubiger der versprochene sechste Zinsthaler aberkannt worden ist b); und die neuern Rechtsgelehrten die Rechmäßigkeit des sechsten Zinsthalers allerdings in Zweifel ziehen c), wohl gegründet dafür haltende, daß obiges Reichsverboth an allen Orten, wo kein entgegenstehendes Gesetz oder Gewohnheit vorhanden wäre, annoch heutiges Tages seine verbindliche Kraft Rechtens habe d); darwider Klägern ad 2) zu keinem Behuf dienet, daß er von Beklagtem keine Zinsen, sondern nur Pachtgeld fordere, gestalten er an eben dem Tage, nämlich an 29den May 1766, da er dem Beklagten die Pächte und den Kuhkamp unter gerichtlicher Bestätigung wiederkäuflich mit 300 Rthl. abgekauft, gleich wiederum für 18 Rthl. verpachtet, und solchergestalt unter dem Schein einer Verpachtung 18 Rthlr., Statt 15 Rthl., jährlicher Zinsen von den 300 Rthl., mithin den sechsten Zinßthaler, welchen er bey einem blossen Darlehn nicht erlangen mögen, zu Hintergehung der Gesetze widerrechtlich zu gewinnen gesucht hat e); weshalb ihm denn auch schon num. act. 31. von Beklagtem die Einrede der Reichsconstitutionswidrig ver-

a) Siehe Reform. guter Policey vom Jahr 1548. *tit.* XVI. §. 8. Policeyordn. vom Jahr 1577. *tit.* XVII. §. 9. Abschied des Deputationstages vom Jahr 1600. §. 139.

b) Siehe *Facult. iurid. Erford. respons. et sentent. Num.* CLV. Erford. 1770.

c) Siehe Refutation der Meierischen Gedanken von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinßthalers in Teutschland. KOBE *in comm. de pecunia mutuaticia tuto collocanda.* §. 112.

d) LEYSER *spec.* 245. *med.* 1. und 2.

e) Reichsabsch. vom Jahr 1530, 1548. und 1577. von wucherlichen Contracten. CARPZOV *in pract. rer. crim. part.* 2. *qu.* 92. *num.* 94.

verlangten sechs Procent Zinsen entgegen gesetzt worden ist; und dahero ad 3) Beklagter den auf die Mase mit dem Wiederkaufscontracte gleich verbundenen Pachtcontract auf rechtsverbindliche Art nicht eingehen mögen f), zumal da Beklagter keinesweges einräumet, daß er mit den Kaufgeldern der 300 Rthl. 20 und mehr Procent gewinnen können, sondern vielmehr vorschützet, wie er das vorgestreckte Capital zu Befriedigung einiger anderer zudringlicher Gläubiger höchstnöthig gebraucht habe, weshalb er sich die Bedingung des Wiederkaufs gefallen lassen, und dem Kläger mit dem Wiederkaufsstücken wenigstens 2000 Rthl. an Werthe verschreiben müssen; solchemnach ad 4) dieser Contract allerdings für simulirt zu halten ist, und der Beklagte so wie zu dessen Errichtung, also auch zu Entsagung der Einreden von Klägern gar wohl verleitet werden mögen; welche Entsagung der Einreden aber, wegen des von Klägern dabey gesuchten Zinßwuchers für gesetzwidrig zu halten, und dahero eben so wenig von einiger Kräft ist, als wenig der Eyd ein Band der Unbilligkeit abgiebet g), und eine gerichtliche Bestätigung verbiethende Gesetze aufhebet h), zumal da das Hofgerichte zwar den Wiederkaufcontract, nicht aber zugleich den Pachtcontract, den Kläger ohne dessen Genehmigung damit verbunden, durch seine gerichtliche Autorität bekräftiget hat; sodann ad 5) die angezogene Justinianeische Disposition wegen des sechsten Zinßthalers allerdings durch den gleichfals gedachten Reichsabschied aufgehoben worden ist, als welchen man nicht blos wegen der durch den dreyßigjährigen Krieg verarmten, sondern auch wegen anderer künftigen Schuldner, damit diese durch einen Abtrag übermäßiger Zinsen nicht beschweret würden, errichtet hat i); hiernechst selbst in zuvor beregter Justinianeischen Constitution enthalten, daß ein Gläubiger, wenn er über die gesetzmäßige Summe von seinem Schuldner die Zinsen bereits erhoben, das Uebermaß an dem Capital sich abrechnen zu lassen, angehalten werden solle; als welches auch heutiges Tages bey dem widerrechtlich erhobenen sechsten Zinßthaler beobachtet wird k); solchergestalt aber Kläger durch das wider das vorige Erkänntniß ergriffene Rechtsmittel den Proceß nur vergeblich aufgehalten hat; welches ihn zugleich zum Ersatz der dadurch verur-

f) *l. 38. D. de pactis. Ius publicum priuatorum pactis mutari non potest.*

g) *c. 28. X. de iureiur.*

h) WERNHER *part. 8. obseru. 420.*

i) Siehe die obangezogene Refutation der Meierischen Gedanken. §. IV.

k) WERNHER *part. 5. obs. 201.*

verursachten Unkosten verbindet: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

XXXXVIII.

Rechtliches Gutachten

nach R** im December 1763.

Ein Verkäufer hat auch in den Herzoglich Sächsischen Landen, bey einem verkauften Pferde, dem Käufer wegen des Lungenrotzes die Gewähr zu leisten, ob er diesem Fehler gleich nicht gewußt haben sollte, wenn dieser Fehler nur schon zur Zeit des Contractes vorhanden gewesen, als welches vermuthet wird, wenn sich derselbe nach dem Contracte binnen drey Tagen hervorthut.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst einer Frage zugeschicket, u. d. u. R. B. g. w. d. s. W. v. R.

Hat Johann Georg Schmidt, zu Roda, an den Oelsnitzer Müller, Hans Michael Lust, ein Pferd um und vor 40 Rthlr. patentmäßigen Geldes unter der Versicherung, daß es ein gesundes und keinen Mangel habendes Pferd wäre, verkauft. Hat besagter Käufer Lust dieses Pferd abgehohlt und an den Ort seines Aufenthalts, welcher von Roda zwey Stunden weit entfernt ist, gebracht. Ist aber dasselbe, nach Verfliesung einer Zeit von ungefehr 3 Stunden gestorben. Ist dieses Pferd sodann, auf Lusts Verlangen, durch des Nachrichters Knecht geöfnet worden, und hat sich gefunden, daß es an Lunge und Leber dermasen stockfaul gewesen, daß es nothwendig verrecken müssen. Wird also gefraget:

Ob Verkäufer Schmidt seinen Abekäufer Lust deshalb schadlos zu halten verbunden sey?

Ob nun wohl, nach Sächsischen Rechten, der Verkäufer eines Pferdes nur für drey Hauptmängel, nämlich daß es nicht stetig, staarblind, oder hart, das ist, herzschlägig sey, zu stehen braucht l); auch einem

l) Weichbild *art.* 97. IO. LVD. GVTBIR in diss. *de tribus vitiis equorum capitalibus*

einem Verkäufer dieses, daß er die verkaufte Sache gelobet, nicht verbindlich macht, sondern, den Rechten nach, die Commendation gleichsam für keine Rede und für kein Versprechen zu halten ist m), zumal wenn der Verkäufer, ohne den Fehler der Sache zu wissen, selbige heraus gestrichen haben sollte n); hiernächst ein Verkäufer die Zufälle, welche sich nach dem geschlossenen Contracte bey der verkauften Sache ereignen, nicht zu tragen braucht, sondern der Käufer solche über sich ergehen lassen muß o); mithin, daß gegenwärtiger Verkäufer dem Käufer, wegen des nach dem geschlossenen Contracte verreckten Pferdes, nicht zu haften brauche, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. in den Herzoglich Sächsischen Landen der Verkäufer auch wegen des Rotzes bey dem verkauften Pferde dem Käufer die Gewähr zu leisten hat p); und da besagtes Pferd, nach dessen Oefnung an Lunge und Leber stock faul befunden worden, solches allen Vermuthen nach, der Lungenrotz gewesen; welcher auch, als ein verborgener Fehler, schon nach den gemeinen Rechten von dem Verkäufer zu gewähren ist q); sodann die Commendation des Verkäufers nur bey den offenbaren Fehlern unverbindlich ist r), keinesweges aber bey solchen, die der Käufer weder gewußt noch wissen können, als derentwegen der Verkäufer dem Käufer auch haftet, ob ihm, dem Verkäufer, selbiger gleich unbekannt gewesen seyn sollte s); ingleichen da das Pferd in so kurzer Zeit, nämlich drey Stunden nach dessen von dem Verkäufer geschehenen Abholung, verstorben, nicht zu glauben stehet, daß es durch eine erst nach dem Contracte auf dem zugleich bemeldeten kurzen Wege entstandene plötzliche Kranckheit gefallen seyn sollte, indem, wenn ein verhandeltes Vieh nach dem Contracte verstirbet, nur alsdenn, wenn dieses drey Tage hernach geschiehet, die

pitalibus saxonicis, §. 16. *Barth in hodegeta forensi, pag.* 246. *lit.* d) CARPZOV *par.* 3. *const.* 34. *def.* 17.

m) *l.* 43. *pr. D. de contrah. emt. vend. l.* 37. *D. de dolo malo.* Ibi: quod venditor, vt commendet, dicit, sic habendum, quasi neque dictum, neque promissum est.

n) arg. *l.* 43. §. 2. *De contrah. emt. vend.*

o) *l.* 54. *D. de aedilit. edict. et l.* 3. *C. de aedilit. action.* §. 3. *I. de emt. et vend.*

p) RICHTER *decis.* 95. *num.* 33.

q) *l.* 14. §. vlt. *D. de aedil. edict.*

r) *d. l.* 43. *pr. D. de contrah. emt. vend.* Ibi: Ea, quae commendandi caussa in venditionibus dicuntur, *si palam appareant*, venditorem non obligant.

s) *l.* 1. §. 2. *in fin. D. de aedil. edict.* Ibi: neque enim interest emtoris, cur fallatur ignorantia venditoris, an calliditate.

die Kranckheit auch nach dem Contracte erst entstanden zu seyn, vermuthet, hingegen, wenn nach dem Contracte dasselbe vor Verlauf dreyer Tage verreckt, dieses, daß es schon zur Zeit des Contractes mit der Kranckheit behaftet gewesen, gemuthmaset wird t); überdem auch der Verkäufer in gegenwärtigem Falle schon wegen seiner Versicherung, daß es ein gesundes und von allen Mängeln freyes Pferd wäre, dem Käufer haften muß u): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß der Verkäufer Schmidt seinen Abekäufer Lusten unter diesen Umständen allerdings schadlos zu halten verbunden sey. V. R. W.

XXXXVIIII.

Rechtliches Gutachten

nach G** im Julius 1763.

1. Von einer zwar sehr scheinbaren aber würklich nicht mit der Frau eines verstorbenen Handelsmannes, so keine Handelsfraue ist, stillschweigend errichteten Handlungsgesellschaft.
2. Das Absonderungsrecht (*beneficium separationis*) findet auch zuweilen bey Gläubigern von einerley Schuldner Statt.
3. Was unter den fremden Sachen, so bey entstehendem Concurse, von des Schuldners eigenem Vermögen abgesondert und denenjenigen, welchen selbige zugehören, vor allen andern Gläubigern des Schuldners herausgegeben werden müssen, für Sachen zu verstehen, und
4. Dahin nicht zu rechnen sind.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst fünf Fragen zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen W. v. R.

Hat

t) *Gloss. in l. 1. C. de emend. serv.* MEVIVS *ad ius Lubec. par. 3. tit. 6. art. 14. num. 4.* BRVNNEMANN *ad l. 1. num. 12. D. de aedil. ed.* BERGER *in oecon. iur. lib. 3. tit. 8. §. 6. not. 3.*

u) *l. 31. D. de eviction. l. 13. §. 3. D. de act. emti et vend.* STRVV *in iurispr. rom. germ. for. lib. 3. tit. 20. §. 6.* MEVIVS *ad ius Lubec. par. 3. tit. 6. art. 17. num. 6.*

Hat der Handelsmann, Martin Machholdt, zu Breitenbach, seit dem Jahre 1717 mit seinem Eydame, Johann Georg Eberhardten, welcher daselbst seine älteste Tochter, Rebecken Margarethen, zur Ehe gehabt, in Compagniehandlung anfänglich gestanden. Sind aber nachhero zu selbiger einige Jahre vor des Martin Machholdts am 15den May 1741 erfolgten Ableben, dessen beyde Söhne Nicolaus und Johann Heinrich Macholdt als Compagnions mit auf und angenommen worden. Hat sich nach Martin Machholdts Tode, bey der von denen lebenden Gesellschaftern abgelegten Handlungsberechnung, gefunden, daß jetztgemeldeter Martin Macholdt, nach Abzug aller Schulden, 5345 fl. 8 gl. 11½ pf, sein Eydam und Compagnion, Johann Georg Eberhardt, aber 2667 Rthlr. 17 gl. 11 pf. Capital in sothaner Compagniehandlung stehend gehabt, auch besagter Martin Machholdt, über obiges Handlungscapital, ein Haus und Feldgüther zu besagten Breitenbach, und zu solchen fünf Kinder und Kindeskinder als Erben hinterlassen; daß also jeder dieser fünf Erben 1069 fl. 1 gl. 8½ pf. von erst beschriebenen Handlungscapital der 5345 fl. 8 gl. 11½ pf zu seinem Erbantheile bekommen und damit befället worden. Haben darauf Johann Georg Eberhardt nebst seinen Schwager, Johann Heinrich Macholdt bey der hierauf erfolgten Erbschaftsvertheilung, wobey die Eberhardtin, keinen besondern Vormund gehabt, sondern ihr Mann, als vormals gewesener Compagnion ihres Vaters, nur in angegebener ehelicher Vormundschaft alles eigenen Gefallens gethan, dem sie nicht widersprechen dürfen, erwähnten Martin Macholdts hinterlassenes Handlungscapital alleine übernommen, also auch seiner Johann Georg Eberhardts Frau, als Johann Heinrich Machholdts Schwester, Rebecken Margarethen Eberhardten gebührenden fünften 1069 fl. 1 gl. 8½ pf. betragenen Erbantheil unbezahlt beybehalten, und nur den andern drey Miterben, soviel diese auf ihren Antheil an den väterlichen Handlungscapital zu fordern gehabt, deshalb Vergüthung gethan. Haben darauf Johann Heinrich Macholdt und Johann Georg Eberhardt die Compagniehandlung alleine miteinander fortgesetzet, biß er, Johann Georg Eberhardt, im Jahr 1753 auch verstorben ist. Hat denn auch Johann Heinrich Macholdt, der Eberhardtin Bruder, das hinterlassene väterliche Wohnhaus in Breitenbach alleine übernommen, und ist dieser seiner Schwester, des Johann Georg Eberhardts nachgelassenen Wittbe, auf solches 350 fl. Erbkaufgelder hinaus zu bezahlen schuldig worden, und bis jetzo rückständig verblieben. Hat darauf Johann Heinrich Macholdt, nach seines Compagnions, des Johann Georg Eberhardts, Ab-

leben, nicht die gewöhnliche Compagniehandlungsrechnung abgelegt, sondern seiner Schwester, der Eberhardtin, eigene 1069 fl. 1 gl. 8½ pf. und dieser ihres Mannes in der Handlung stehend gehabtes Capital der 2667 fl. 17 gl. 11 pf. ohne jemals nur deren zu gedenken, bey der Handlung beysammen behalten und die Handlung unter der Firma: Macholdt und Eberhardt Compagniehandlung, bis daher ganz alleine eigenen Gefallens, ohne ihr einige Nachricht von der Beschaffenheit und dem Bestande der Handlung zu geben, oder Rechnung binnen den nach ihres Mannes Tode verflossenen zehen Jahren abzulegen, fortgesetzet, auf gleiche Art auch, wie er gar nicht geleugnet, sondern vielmehr eingestehet, alle Conto, Handschriften und Wechselbriefe, ohne seiner Schwester, der Eberhardtischen Witbe und Verlangen also unterschrieben und von sich gestellet. Ist sie auch alle Zeit, daß sie niemahls, weder bey ihres Mannes, Johann Georg Eberhardts, Leben, noch nach dessen erfolgten Absterben, mit ihrem Bruder, Johann Heinrich Macholdten, in einen Compagnie-Handlungscontract sich eingelassen und in selbigem gestanden habe, eydlich zu erhärten erböthig; wie sie denn auch bey der Handlung weder ein Stückgen Waare eingekauft und verkauft, noch an einem der Orte, wo ihr Bruder die Handlung hingetrieben und geführet, gekommen ist, vielweniger sich in einem Conto, Handbriefe, oder Wechsel und anderen Schuldbekänntnissen unterschrieben. Hat sie zwar in ihrem bisherigen Witbenstande nach und nach etliche 100 Rthl. bey ihrer mehrmaligen Bedürfnis zu 3. 5. 10. Rthl. sich von ihrem Bruder erbethen und geben lassen, nicht aber solche als Profit aus der Handlung verlanget, oder als solchen empfangen, sondern als Interesse von ihren bey dem Bruder stehenden 1069 fl. 1 gl. 8½ pf. Erbantheil an der väterlichen Handlung und 350 fl. schuldigen Hauskaufgelder, welche zusammen ein Capital zu 1419 fl. 1 gl. 8½ pf. und an Interessen nur zu 5. Precent gerechnet, auf 10 Jahr eine beträchtliche Summe ausmachen, angenommen. Ist es nun geschehen, daß ihr Bruder Johann Heinrich Macholdt viele Tausend Schulden in dieser seiner blos vor sich ohne Wissen und Verlangen seiner Schwester unter der Firma: Macholdt und Eberhardtische Compagniehandlung, fortgesetzten Handlung gewürket, daß deshalb die Gläubiger nicht nur sein eigenes gesammtes Vermögen, sondern auch seiner Schwester, der Eberhardtischen Witbe, eigenes Vermögen zugleich mit Arrest beleget, und sie nun gleichfalls in die Bezahlung dieser Schulden mit ziehen wollen. Wird also gefraget:

1) Ob

1) Ob sie vorliegenden Umständen nach als ein Compagnion von ihrem Bruder und dessen nach ihres Mannes Absterben geführten Handlung anzusehen und zu halten?

2) Ob die Handlung, welche ihr Bruder mit ihrem Manne geführet, so wie solche bey dessen erfolgten Absterben beschaffen gewesen, von seiner, des Bruders, nachhero alleine fortgeführten Handlung abzusondern?

3) Ob ihr die 1069 fl. 19 gl. 8½ pf. Erbantheil von der väterlichen Handlung, so sie in sothaner ihres Bruders Handlung annoch stehen hat, nebst den rückständigen 350 fl. Haus und Erbkaufgeldern zuförderst vor allen andern Gläubigern von ihres Bruders Vermögen sammt den Interessen zu bezahlen sind?

4) Ob die 2667 Rthl. 17 gl. 11 pf. welche ihr Mann in der vormaligen mit ihrem Bruder geführten Compagniehandlung gehabt, ebenfalls vor allen andern Gläubigern nebst dem Interesse von selbiger zu bezahlen sind?

5) Ob sie dieses alles zu fordern berechtiget sey? sich darauf gründen, und künftig deshalb eines ihr zuträglichen rechtlichen Ausspruches sich getrösten könne?

Ob nun wohl, die erste Frage anlangend, nicht nur mit ausdrücklichen Worten, sondern auch, ohne selbige schon stillschweigend durch die That selbst mit jemanden eine Gesellschaft errichtet werden kann x); dieses auch bey Handelsleuten, in Betracht, daß den Handlungen, in so fern daraus die Intention sich offenbahret, nicht nur eben die Kraft y), sondern auch zuweilen noch eine mehrere Würkung, als den Worten beyzulegen ist z), unter andern daraus, daß jemand die Handelsbücher, Schriften und Rechnungen mit unter seinem Nahmen gemeinschaftlich betituln, sich Gewinnst von der Handlung geben lassen, und s. w. geschlossen

x) CARPZOV *lib. 6. tit. 8. resp. 75. n. 7. l. 4. pr. D. pro socio.* 10. NIC. HERTII diss. *de societate facto contracta.* ENGAV diss. *de societate mercatoria,* §. 13.

y) *l. 32. §. 1. de legib. l. 29. de adopt. l. 6. §. 1. D. de contrah. emt. l. 5. C. de instit. et substit.*

z) *l. 48. §. 3. D. de aedil. edict.*

schlossen wird a); auch eine Handelsfrau in Handlungssachen sich ohne Vollwort, Wissen und Willen eines Vormundes vollkommen verbinden, und also ohne selbigem in eine Handlungsgesellschaft treten kann b); sodann daß die Eberhardtin, da sie nach ihres Mannes Tode, daß ihr Bruder, Johann Heinrich Macholdt, welcher mit ihrem verstorbenen Manne in Compagniehandlung gestanden, selbige nach wie vor unter der Firma: Macholdt und Eberhardtische Compagnie fortgesetzt, und auch auf gleiche Art alle Conto, Handschriften u. s. w. unterschrieben, ohne Widerspruch hat geschehen, sich auch viele 100 Rthlr., ohne von der Handlung sich los zu sagen, von ihrem Bruder auszahlen lassen, hiedurch stillschweigend, als eines Handelsmanns Frau die Gesellschaft, worinne ihr verstorbener Mann mit ihrem Bruder gestanden, auf verbindliche Weise fortgesetzet habe c), und also von ihm bey der Handlung, welche er solchergestalt nach ihres Mannes Absterben geführet, als eine Gesellschafterin anzusehen und zu halten sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. eine Gesellschaft von selbst, mit dem Tode des einen Gesellschafters dergestalt erlöschet d), daß auch dessen Erbe in selbige nicht trit, sondern der überlebende Gesellschafter ihm deshalb, was er mit der gemeinschaftlichen Sache nachhero annoch erworben, haften muß e); folglich auch die Eberhardtin, nach dem Tode ihres Mannes, der Fortdauer der vorigen Gesellschaft zu widersprechen nicht nöthig gehabt; auch daraus, daß sie ihre 1069 fl. 1 gl. 8½ pf. Erbantheil von der väterlichen Handlung, so ihr Mann zu der Handlung mit ihrem Bruder angeleget, nicht gleich nach ihres Mannes Tode zurück gefordet hat, der Satz, daß sie nun selbst, Statt ihres Mannes, mit ihrem Bruder die Handlung stillschweigend aufs neue errichtet fortsetzen wollen, nicht zu folgern ist, anerwogen wenn stillschweigend eine Gesellschaft für eingegangen gehalten werden soll,

a) MANTICA *de tacit. et ambig. convent. lib.* 6. *tit.* II. CARPZOV *lib.* 5. *resp.* 20

b) MEVIUS *ad ius Lubec. lib.* I. *tit.* 10. *art.* I. *num.* 57. *seqq.* MOLLER *comment. in ordin. et const. elect. saxon. par.* 2. *const.* 15. *num.* 76. *seqq.* Steins Einleitung zur Lübischen Rechtsgelehrsamkeit, §. 145. SCHULZENS *diss. de femina mercatrice, cap.* 2. §. 41, *seqq.*

c) arg. *l.* 58. §. *fin. l.* 52. §. 6. *D. pro socio.* MEVIUS *ad ius Lub. par.* 2. *tit.* 2. *art.* 7. *n.* 9.

d) §. 5. *I. de societ l.* 4. §. 1. *D. pro socio.* MEINICKE diss. *de natura et effectu societatis*, §. 16.

e) *l.* 65. §. 9. *D. pro socio.*

soll, dazu solche Handlungen, aus welchen nichts anders, als die Errichtung einer Gesellschaft geschlossen werden kann, gehören f); und wo dieses zweifelhaft ist, die Gesellschaft nicht vermuthet wird g); hier aber wegen des Umstandes, daß die Eberhardtin ihr Geld nicht gleich zurückgefordert, nur dahin, daß sie solches ihrem Bruder Anlehnsweise lassen wollen, zu schliessen ist; welchem auch dieses, daß der Bruder die Handlung, unter der Firma: Macholdt und Eberhardtische Compagniehandlung, fortgesetzet und auf gleiche Art die Schriften in Handlungssachen unterschrieben, um deswillen nicht entgegen stehet, weil theils in Handlungsgesellschaften des letztverstorbenen Handelsgesellen Nahmen beyzubehalten nicht ungewöhnlich ist h), theils dieses, wie in der Geschichtserzählung angemerket worden, ohne Wissen und Verlangen der Eberhardtischen Witbe, als sie eydlich zu erhärten vermag, geschehen ist; niemand aber ohne Wissen und Willen ein Gesellschafter von dem andern wird i); die Qudrentin auch ferner solches dadurch, daß sie sich viele 100 Rthl. von ihrem Bruder auszahlen lassen, nicht geworden ist, sintemal sie selbige, wie ebenfalls in der Geschichtserzählung angezeiget worden, nicht als Gewinst von der Handlung, sondern als Interessen von ihrem väterlichen Erbantheil und Erbkaufsgeldern erhalten hat; folglich da dieses die Absicht, mit ihrem Bruder in Handlungsgesellschaft zu stehen, aufhebet, solches auch nicht dahin ausgeleget werden darf k); zumal da auch der gemeinschaftliche Besitz einer Sache, wenn solcher ohne Absicht einer zu unterhaltenden Gesellschaft beliebet wird, für keine Gesellschaft zu halten ist l); zu geschweigen, daß die Eberhardtin blos als eines Handelsmannes Frau sich nicht ohne Vormund verbindlich machen, und also auch nicht, weder ausdrücklich noch stillschweigend, eine Handelsgesellschaft mit jemanden errichten können m), indem dieses nur, wie obgedacht einer Handelsfrau, nämlich einer solchen Weibesperson,

f) MARQVARD *de iure mercatorum lib.* 2. *c.* 11. *num.* 6. *seqq.* STRYK *de caut. contract. sect.* 2. *cap.* 9. §. 2. HERTIVS in diss. *de societate facto contracta, sect.* 2. §. 8.

g) arg. *l.* 12. §. 2. *D. de captiv. et postlim.* NATTA *vol.* 20. *consil.* 358. *num.* 4. CARPZOV *lib.* 5. *resp.* 20. *num.* 8. STRYK *l. c.*

h) Estor in der Teutschen Rechtsgelahrheit zwoten Theil §. 4787.

i) *l* 19. *D. pro socio.* MEVIVS *par.* 8. *decis.* 261. *num.* 3.

k) *l.* 44 *D. pro socio.* MEVIVS *par.* 8. *decis.* 261. *num.* 4.

l) *per. d. l.* 52. §. 6. *D. pro socio.* MENOCH *l.* 3. *praes.* 56. *n.* 20. BRVNNEMANN *ad l.* 6. *num.* 1. *D. pro socio.*

m) ENGAV diss. *de societate mercatoria* §. 14.

person, welche öffentlich einen Kram treibet, wovon sie ihren eigenen Gewinst und Schaden träget n), verstattet ist: So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß unter diesen Umständen die Witbe Eberhardtin von ihrem Bruder und dessen nach ihres Mannes Absterben geführten Handlung nicht als eine Handlungsgesellin anzusehen und zu halten ist.

Die zweyte Frage betreffend, obwohl das beneficium separationis eigentlich nur bey einer Zusammentretung mehrerer Gläubiger bey verschiedenen Schuldnern, deren einer des andern Erbe geworden, Statt findet o); und dahero auch einige selbiges bey Gläubigern von einerley Schuldner nicht zulassen wollen p); folgbar, daß auch in gegenwärtigem Falle, da der Eberhardtin Bruder mehrern Gläubigern verbindlich ist, die Handlung, welche er mit ihren verstorbenen Manne geführet, von der, so er nach dieses seinen Ableben fortgesetzet, nicht abzusondern sey, es scheinen dörfte:

D. a. u. d. nach den Entscheidungsgründen der nächstvorhergehenden ersten Frage, die Eberhardtin von der Handlung, so ihr Bruder nach ihres Mannes Tode alleine geführet, nicht als eine Handlungsgesellin anzusehen ist; mithin ihr auch die Schulden, welche ihr Bruder nach ihres Mannes Tode auf die Handlung gemacht, nichts angehen q); und es also billig ist, daß diese Handlung, mit der ersten, in welcher ihr Mann mit ihrem Bruder gestanden, nicht mit einander verwirret werden; der angeführte *l. 1. §. 1. D de separationibus* auch nicht eben dahin auszulegen ist, als wenn in keinem andern Falle eine Absonderung des Vermögens Statt fände, sondern, da in selbigem von dem angegebenen Falle nur als einem der gewöhnlichsten geredet wird, solcher aber wegen der Billigkeit, worauf er sich gründet, andere Fälle nicht ausschliesset; und dahero auch von verschiedenen bewährten Rechtslehrern r) darauf ange-

n) MEVIUS *ad ius Lub. par. 3. tit. 6. art. 21. num. 34. seqq.* IO. REBHAN *de quaestione, quae sit uxor mercatrix.*

o) *l. 1. §. 1. D. de separationibus.*

p) LEYSER *spec. 489. med. 9.*

q) arg. *l. 27. D. pro socio.* Wo es heist: omne aes alienum *quod manente societate contractum est,* de communi solvendum est.

r) FRANC. SALGADO in *labyrintho creditorum concurrentium, p. 1. c. 9. num. 48. seq.* MEVIUS *ad ius Lubec. lib. 3. tit. 1. art. 10. num. 56.* BRUNNEMANN *ad l. 5. n. 2. D. de tribut. act.* TITIUS in *observat. ratiocinant. obs. 1060.* STRUV. *exerc.*

angewendet wird, auch selbst der Herr von Leyser s), das Absonderungsrecht, da wo es die Billigkeit erfordert, einräumet: So achten Wir in den Rechten gegründet zu seyn, daß die in Frage gebrachte Absonderung bey den verschiedenen Handlungen der Eberhardtin ihres Bruders billig in so ferne, als, daß etwas von jeder Handlung annoch übrig sey, gezeiget werden kann, vorzunehmen sey.

Ob wohl, die dritte Frage anlangend, bey entstehendem Concurse die fremden Sachen, so dem Schuldner nicht zugehört haben, von seinem eigenen Vermögen abzusondern, und denen, so solche zuständig sind, vor allen andern Gläubigern des Schuldners heraus gegeben werden müssen t); solchemnach daß auch der Eberhardtin ihre 1069 fl. 1. gr. 8½ pf. als Erbantheil von der väterlichen Handlung, zumal da ihr verstorbener Mann selbige eigenen Gefallens auf die Handlungsgesellschaft mit ihrem Bruder verwendet hat, nicht weniger auch die 350 fl. Erbkaufsgelder, da selbige ihr Bruder unabgetragen zurückbehalten, zuförderst vor allen andern Gläubigern, von ihres Bruders Vermögen samt den Interessen, als welche als eine Zugabe der Hauptschuld anzusehen u), und folglich mit selbiger zugleich zu entrichten sind x), zubezahlen wären, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. der Satz, daß die fremden Sachen bey einem Concurse denenjenigen, welchen solche zugehören, vor allen andern herausgegeben werden müssen, nur von solchen Sachen, welche sich würklich noch in Natur unter dem Vermögen des Schuldners befinden, zu verstehen sind y); dieses aber in gegenwärtigem Falle von den Geldern nicht zu sagen ist; auch der Mann, nach sächsischen Rechten, bekannter Masen alle Güter seiner Frauen zu nutzen hat z); mithin der Eberhardtin Mann ihre gedachten 1069 fl. 1 gl. 8½ pf. auf die Handlung mit ihrem Bruder verwenden können; bey welchen sie auch selbst dieses Capital nebst den 360 fl. Erbkaufsgeldern nachhero stehen lassen: So sind Wir der

exerc. 20. §. 46. SCHAVMBVRG *in compend. iur. dig. lib.* 42. *tit.* 6. §. 4.

s) *spec.* 236. *med.* 6.

t) *l.* 1. *C. de priuilegio fisci.*

u) *l.* 23. *C. de usuris.*

x) arg. *C.* 42. *de reg. iur. in* 6to.

y) *l.* 24. §. 2. *D. de rebus auctor. iudic. poss.* BRVNNEMANN *de processu concursus creditorum, cap.* 5. §. 5. RICHTER *de priuilegiis creditorum cap.* 2. *membr.* 1. *num.* 1. *seqq.*

z) Sächsisch Landr. *lib.* 1. *art.* 51.

der rechtlichen Meinung, daß ihr diese beyden Summen nebst den Interessen nur in so ferne vor allen andern Gläubigern von ihres Bruders Vermögen zu bezahlen sind, als diese, zu ihrer Befriedigung vor ihr ein Vorrecht zu haben, nicht sollten erweisen können.

So viel die vierte Frage betrift, obwohl ein Handlungsgeselle dadurch, daß er mit jemanden in eine Handlungsgesellschaft tritt, und in selbige seine Güter mit einwirft, das Eigenthum aus diesen Gütern nicht verliehret a); und dahero, wenn über seines Mitgesellen Vermögen ein Concurs entstehet, er, oder seine Erben, daß selbige ihnen vor allen andern heraus gegeben werden, verlangen können b); folgbar, daß gleichfals die erwähnten 2667 Rthl. 17 gl. 11 pf., weil solche der Eberhardtin verstorbenem Manne, als dem ehemaligen Compagnion von ihrem Bruder, zugehöret, von dieses seinem Vermögen vor allen andern Gläubigern nebst dem Interesse zu bezahlen wären, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. diese Gelder unter dem Vermögen ihres Bruders nicht mehr in Natur vorhanden sind, und also nicht vindiciret werden können: So sind Wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß diese Summe mit keinem Vorzuge vor andern Gläubigern zu bezahlen ist, wenn diese ein besseres Recht zu beweisen vermögend sind.

Dahero denn auch, die fünfte Frage anlangend, die Eberhardtin dasjenige, was Wir bey den vorhergehenden Fragen behauptet, zu fordern berechtiget ist, und sich darauf in so ferne, als wir es behauptet, gründen, und disfals, wenn sich die Sache erzählter Massen verhält, eines ihr zuträglichen rechtlichen Ausspruches getrösten kann. V. R. W.

L.

a) *l. 13. §. 1. D. de praescriptis verbis.*
b) ANTON. A MARA in *tract. de concursu creditorum in foro ciuili formando, lib. 1. tit. 1. num. 26.*

L.

Von der Art und Weise wie das Recht, Frohndienste von den Bauren zu fordern, durch die Verjährung verlohren gehet.

§. 1.

Es geschiehet zuweilen, daß eine lange Zeit hindurch von den Bauren die Frohndienste nicht gefordert werden, welche sie sonst zu thun schuldig sind. Wenn solches nachhero wiederum in Uebung gebracht werden soll, so wollen sich die Fröhner mit der Verjährung schützen, daß die Frohnen seit dreysig und mehr Jahren nicht verlangt worden, und daß also das Recht selbige fernerhin zu fordern erloschen sey. Da denn die Frage: auf was Art und Weise das Recht, Frohndienste von den Bauren zu fordern, durch die Verjährung verlohren gehet? in Streit gezogen wird.

§. 2.

Die gewöhnliche Meinung bey dieser Streitfrage ist, daß dieses Recht auf die Art durch die Verjährung verlohren gehet, wenn 1) der Gutsherr die Frohnen verlanget, 2) der Fröhner unter dem Vorgeben, daß er solche zu leisten nicht schuldig sey, sich derselben weigert, und 3) der Gutsherre dieser Verweigerung nicht widerspricht, sondern sich dabey dreysig Jahr, oder, nach Sachsen Rechte, dreysig Jahr, Jahr und Tag, das ist, ein und dreysig Jahr, sechs Wochen und drey Tage stillschweigend beruhiget c).

c) CARPZOV in *iurispr. for. par.* 2. *const.* 22. *def.* 12. RICHTER in *decisionibus, decis.* 98. *num.* 37. BERGER *decis.* XVIII. IDEM in *oecon. iur. lib.* 1. *tit.* 2. *th.* 8. *not.* 12. desgleichen in *par.* 1. *supplem. ad elect. disc. forens.* V. *num.* XIX. et in *par.* 2. *supplem. ad elect. disc. for. tit.* V. *num.* XXIX. ferner *lib.* 2. *resp.* 269. *num.* 2. LYNCKER *Vol.* II. *resp.* 77. *num.* 10. BRUNNEMANN *ad l.* 1. *D. de oper. seruor. num.* 4. *seqq.* STRYK in *annot. ad Lauterbach. lib.* VII. *tit.* VII. *verb.* finitur. HORN *class.* VI. *resp.* 9. WERNHER *par.* 1. *obs.* 76. und *par.* 3. *obs.* 241. SCHAUMBURG in *Digest. lib.* 7. *tit.* 7. §. 2. HELLFELD in *iurispr. for. lib.* 7. *tit.* 7.

§. 3.

Diese Meinung der mehresten Rechtslehrer hat hauptsächlich der Herr von Leyser zu bestreiten gesucht, indem er anfänglich derselben nur bey ungemessenen Diensten, nicht aber bey gemessenen Diensten beygetreten ist d), nach der Zeit aber den Satz, daß das Recht, die Frohnen zu fordern, durch einen blosen dreyßigjährigen Nichtgebrauch verlohren werde, allgemein behauptet hat e).

§. 4.

Der Grund, welchen der Herr von Leyser wegen seiner vorhin (§. 3) angezeigten Meinung vorbringt, ist folgender: Es wäre überhaupt Rechtens, spricht er, daß, nach einem Ablaufe von dreysig Jahren kein Recht mehr ausgeübet werden dürfte f), und also könnte auch die Freyheit von den Diensten dadurch, daß diese binnen so langer Zeit kein mal gefordert worden, erlangt werden, und sey deshalb diese Forderung, wie man gemeiniglich hierinne vorgeben wollte, als kein actus merae facultatis anzusehen.

§. 5.

Ich gebe zu, daß, wenn man die obangezogene gewöhnliche Meinung (§. 2) damit, daß das Recht die Dienste zu fordern eine blos willkürliche Handlung (actus merae facultatis) sey, und die Schuldigkeit die Dienste zu leisten, nicht eher, als bis solche angesaget worden, anfienge g), begründen will, selbiges eben nicht zum Besten geschiehet. Denn die Gesetze erfordern, daß derjenige, welcher ein Recht hat, selbiges binnen gewisser Zeit, bey Verlust desselben, zur Ausübung bringe. Folgbar muß auch derjenige, welcher ein Recht Dienste zu fordern hat, solches, zumal da es gemeiniglich aus einem Vertrage herrühret, wenn er die Dienste binnen der Zeit benöthiget ist, auch würklich auszuüben suchen, und die Leistung der Dienste ansagen. Daß dahero das Recht Dienste

d) in diss. *de iuribus praediorum nobilium.* §. 27.

e) in *medit. ad Pand. spec.* 420. *med.* 3. Dem Hrn. von Leyser hat nach der Zeit der Herr Hof- und Justitzrath CAR. FERDIN. HOMMEL in *rhapsodia quaestionum, obs.* XXXIII. *pag.* 29. Baruthi 1769. 4. beygepflichtet.

f) *l.* 3. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *ann.*

g) *l.* 22. *D. de oper. libert. l.* 7. *D. de usu et usufr. leg.*

Dienste zu fordern, wenn er dessen nicht verlustig werden will, keinesweges von seinem freyen Willkühr abhänget.

§. 6.

Daß aber auch der blose dreysigjährige Nichtgebrauch des Rechtes Frohnen zu fordern, dieses Recht nicht aufhebe, wie gleichwohl der Herr von Leyser dafür halten will (§. 3.), solches läst sich um deswillen nicht behaupten, weil eines Theils es sich zutragen kann, daß der Gutsherr die Dienste während der Zeit nicht benöthiget ist, und er also keine Verbindlichkeit, selbige zu verlangen, auf sich hat, mithin auch alsdenn, wenn er solches unterläßt, so wenig als in dem Falle, wenn er solche zu fordern verhindert wird, für nachläßig gehalten werden kann h); die Verjährung aber bekannter masen zur Strafe der Nachläßigkeit eingeführet worden ist. Hiernächst, andern Theils, die Gesetze klar verordnen, daß die Forderung der Dienste durch den blosen Nichtgebrauch, nicht verlohren gehen sollte i).

§. 7.

Dahero, obschon ein dreysigjähriger Nichtgebrauch den Verlust der Rechte zuwege bringet (§. 4.), so muß selbiger doch bey dem Rechte Frohnen zu fordern, nicht in einem blosen, sondern qualificirten Nichtgebrauche bestehen, daß nämlich der Fröhner die Frohnfreyheit, welche er nicht hat, durch einen dreysigjährigen Besitz sich erst durch gewisse körperliche Handlungen, als ohne welche kein Besitz erlanget werden kann, zu erwerben suche k). Welche denn, nach der Analogie der Rechte l), in denen obangezeigten (§. 2.) Handlungen zu bestehen pflegen.

Rechtsfall.

Gewisse Handfröhner sind, nach einem auf rechtsbeständige Weise im Jahr 1671 errichteten Erbregister, ihrem Gutsherrn zu Sch**, auf einem Felde, die grose Scheibe genannt, den Hafer zu hauen und aufzu-

h) HENNIGES in *medit. ad Instr. pac. Westph. spec.* 4. *pag.* 661. Struben in rechtlichen Bedenken *tom.* III. *num.* XXXXIII.

i) *l.* 2. *D. de usu et usufr. legat.*

k) BERGER in *elect. process. poss.* §. 19.

l) Siehe *l.* 18. §. 2. *D. quemadm. serv. amitt. l.* 6. *D. de servit. praed. urb.*

aufzurechen verbunden. Es geschiehet, daß nach der Zeit das Rittergut, wozu dieses Feld gehöret, verpachtet wird. Der Gutspachter fordert diese Frohnen. Allein die Fröhner wollen selbige nicht leisten. Der Pachter siehet sich dahero genöthiget, im August des 1768sten Jahres darüber bey den Gerichten sich zu beschweren, und bittet, die Fröhner mittelst executivischer Zwangsmittel zu ihrer Schuldigkeit anzuhalten. Er findet auch Gehör, und wird den Fröhnern sogleich die Verrichtung solcher Frohndienste bey Strafe auferleget. Die Fröhner appelliren hierwider, und gestehen zwar ein, daß nach dem Erbregister ihre Vorfahren, und also auch sie, den Hafer auf den Felde hauen und aufrechen müsten, allein keiner von ihnen hätte jemals nach der Zeit des errichteten Erbregisters diese Frohnen geleistet. Folgbar wäre dieses Recht, solche Frohnen von ihnen zu fordern, gar nicht in Uebung gekommen.

Der Appellat oder Gutsherr welcher sich in diesen Streit mischte, schützte dargegen vor, daß das Rittergut, während seiner Minderjährigkeit, und auch viele Jahre vorher, von Pachtern wäre genutzet worden. Welche mehr auf ihren eigenen Vortheil, als auf den Nutzen der Felder bedacht gewesen, und dahero diese Felder immer mit Gerste besäet hätten. Daß also die Hafer- Hau und Rech- Frohne nicht zu leisten gewesen. Welches aber dem Eigenthümer des Gutes in seinen Rechten nicht nachtheilig seyn könnte, zumal da ohnehin durch den blosen Nichtgebrauch, das Recht die Frohnen zu fordern, nicht verlohren gienge oder verjähret würde.

Die Acten werden darauf an ein auswärtiges Rechtscollegium verschicket, und dieses ertheilet folgendes

Urthel.

Daß die eingewandte Appellation in ihren Formalien beständig und zu gebührender Rechtfertigung anhero erwachsen; Materialien anlangend, erscheinet aus den Acten allenhalben so viel, daß in erster Instanz wohl verabscheidet, jedoch mit dieser Erklärung: es könnten und wollten denn Appellanten in Ordnungsfrist, daß sie seit rechtsverwährter Zeit von der *fol. 1. Volum.* ☿ angestellten Klage zurückgerechnet, den auf dem Felde, die grose Scheibe genannt, befindlichen Hafer nicht gehauen und aufgerechet, Apellaten den Gegenbeweis,

beweis, auch beyden Theilen die Gewissensrührung und andere rechtliche Nothdurft vorbehältlich, wie recht erweisen, dessen genössen sie billig, und ergehet sodann ferner was recht ist; jedoch sind Appellanten immittelst und ihren Rechten im übrigen unbeschadet, bis zum Austrag der Sache die gedachten Frohnen jeglicher bey einem Neuschock Strafe unweigerlich zu verrichten verbunden. Von Rechts wegen.

Entscheidungs-Gründe.

Dennoch aber und dieweil auch wider alte Verträge durch neuerliche Verjährung die natürliche Freyheit wieder erlanget werden kann, und zu letzterer, daß der Gutsherr die Frohnen gefordert habe, die Unterthanen aber solche verweigert, nicht von Nöthen, als welches Erforderniß einzig und allein bey denen jedem Menschen angebohrnen natürlichen Freyheiten vorkommet; für dergleichen solche Dinge, die nicht von der Natur herrühren, sondern allererst durch Verträge erworben worden, keinesweges zu achten, sondern alle auf diese Art erworbene Rechte durch den Nichtgebrauch allerdings verlohren gehen; wannenhero, da Appellanten, daß sie seit rechtsverwährter Zeit auf dem in der Klage beschriebenen Orte keinen Hafer gehauen, Ausfluchtsweise vorgeschützet, es darauf ankommen wird, in wie weit sie dieses zu erweisen im Stande sind; unterdessen aber, weil Appellat die Vermuthung aus dem Erbregister vorsich hat, und er durch Verlängerung des Processes eine Einbuse erleiden würde, die in Teutschland meist übliche Vorsorge, nach welcher immittelst die Unterthanen zu den Frohnen nichts destoweniger angehalten werden, auch hier nicht ausser Acht zu lassen ist; endlich, so viel die Unkosten anbetrift, solche jederzeit, so oft eine Erklärung oder Erläuterung des vorigen Erkänntnisses erfolget, stillschweigend gegen einander aufzuheben sind: So ist, wie im Urthel enthalten, von uns billig erkannt worden.

Wider dieses Urthel wurde von beyden Theilen, so wohl von den Appellantischen Fröhnern, als dem Appellatischen Gutsherren eine Leuterung eingewendet. Jeder Theil hatte darwider drey Beschwerden, und die Acten wurden, nach geendigten Leuterungsverfahren, an den Schöppenstuhl geschickt. Welcher in November 1770 nach S** folgender masen erkannte:

Urthel

Auf die von beyden Theilen eingewandte Leuterungen, deren Prosecutionen und ferneres Einbringen der zum Rittergut Scheubengrobsdorf gehörigen Handfröhner, Gottfried Sch** und Consorten, Appellanten Leuteranten und Leuteraten an einem, D. Georg Friedrich August D** Appellatens, Leuterantens und Leuteratens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. u. a. b. A. i. V. St. nebst einem Erbregister sub ♃ zugesendet, u. d. u. r. M. v. w. s. w. v. R.

Nunmehro aus den Acten und der Partheyen Einbringen so viel zu befinden, daß, sowohl Appellantens als Apellatens zweyte Beschwerde betreffend, Appellanten in Ordnungsfrist nicht dieses, daß sie, seit rechtsverwährter Zeit, von der *fol. I. Vol. sub* ☿ angestellten Klage zurückgerechnet, den auf dem Felde, die grose Scheibe genannt, befindlichen Hafer nicht gehauen und aufgerechet, zu erweisen, sondern dieses, daß nach der Zeit des am 20sten November 1671 verfertigten Erbregisters *sub* ♃, von ihnen, Appellanten, die Leistung der quästionirten Frohne von ihrem Erbherren einmal gefordert worden, sie oder ihre Vorfahren aber sich deren geweigert und ihr Erbherr bey dieser Verweigerung seit dreyßig Jahren, Jahr und Tag, ohne Widerspruch sich beruhiget habe, Appellaten den Gegenbeweiß, beyden Theilen die Eydesdelation und andere rechtliche Nothdurft in ebenmäßiger Frist vorbehältlich, wie recht, erweislich darzuthun verbunden. Da hingegen es im übrigen, beyderseits eingewandter Leuterungen ungeachtet, bey dem am 19den Junius 1770 eröfneten und *fol. act.* 170 befindlichen Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl erstlich der Appellanten Leuterung betreffend, deren erste Beschwerde darinne, daß eine Verabschiedung in der ersten Instanz genehmiget worden, da jedoch fol. 1 b. act. sub ☿ nur ein mandatum poenale sine clausula, ohne daß sie dargegen ihre rechtliche Nothdurft vorstellig machen können und dürfen, erlassen worden wäre, bestehet: sodann ihre zweyte Beschwerde darauf, daß ihnen der Beweiß eines negativischen Satzes aufgebürdet werden wollen, da doch Appellat

zuvor

zuvor die ihm geleugnete Observanz des Erbregisters darzuthun hätte, gerichtet, und die dritte Beschwerde in dem, daß sie immittelst, bis zum Austrag der Sache, die strittige Frohne verrichten sollten, gesetzt worden ist; hierzu aber sie um deswillen, weil Appellat wegen dieser Frohne noch gar keine possessorische Handlung dargethan, womit jedoch dergleichen einstweilige Beschützung in dem Besitze begründet werden müßte, sich nicht verbunden achten; hingegen in **Appellatens Leuterung** folgende drey Beschwerden angeführt werden, daß 1) seine Einrede, so er deswegen, daß er weder in der Appellations Schedul, noch in der zur justificirenden Apellation erlassenen ersten Citation benannt; sondern datinne blos des Ritterguts Pachters gedacht worden, gemacht hätte, übergangen sey, gleichwohl Appellanten, die hierdurch vergeblich verursachten Unkosten zu erstatten, verbunden wären; sodann 2) daß Appellanten ein Beweis, und überdem noch in der Mase, als geschehen, vorbehalten werden wollen, da jedoch dieselben die klaren Worte des Erbregisters sub ☽ wider sich hätten, und die blose langwierige Nichtleistung der strittigen Frohne ihnen keine Befreyung von selbigen zu wege bringen könnte; auch 3) daß Appellanten nicht alleine in die Unkosten vertheilet worden, da jedoch in dem Urthel eigentlich keine Erklärung der gerichtlichen Resolution fol. 1 b act. sub ☿ geschehen, sondern, wie sich ohnehin verstanden, den Appellanten nur das Petitorium vorbehalten worden wäre; mithin daß allenthalben anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. in Ansehung **der Appellanten Leuterung**, deren erste Beschwerde dadurch, daß dieselben in der Appellationsinstanz mit ihrer rechtlichen Nothdurft gegen den Strafbefehl fol. 1 b act. sub ☿ gehöret worden, sich nunmehro von selbst erlediget; und wegen der zweyten Beschwerde ihnen um deswillen, weil sie aus dem Erbregister sub ☽ die Vermuthung der zu leistenden Frohne des Hafer Hauens und Rechens auf dem Felde, die grose Scheibe genannt, wider sich haben, den Beweiß, daß sie von sothaner Frohne frey sind, um so mehr zu übernehmen haben, als sie fol. 17 b act. sub ☉ eingestanden, daß diejenigen Personen, welche sich zu solcher Frohne in dem Erbregister schuldig erkannt, ihre Vorfahren wären; auch sie dahero in Rücksicht auf die dritte Beschwerde, aus eben den Grunde solche Frohne bis zum Austrag der Sache einstweilen zu leisten haben; zumal da dieses, nach dem vorigen Urthel, ihren Rechten unbeschadet, geschiehet, und in mehrgedachtem

Erbregister ihre Vorfahren sich schwerlich dazu bekannt haben würden; hingegen daß eben dieser Besitz nach der Zeit, als das Erbregister errichtet worden, wiederum aufgehöret habe, in etwas geschehenen beruhet, so nicht vermuthet wird; und welches dahero den Appellanten, weil sie solches behaupten, erst annoch zu beweisen, oblieget; hiernächst der Appellaten Leuterung belangend, ad 1) der dermalige Streit die Rechte des Ritterguts Scheubengrobsdorf selbst betrift, und dahero nicht so wohl dem Pachter, sondern vielmehr den Besitzer des Ritterguts angehet; auch Appellat von selbst, ohne seines Pachters Regreßnehmung zu erwarten, sich der Sache angenommen und diesen Proceß zu dem seinigen gemacht hat, daß er fol. 23. act. sub △ mit einem Schreiben wider Appellanten eingekommen, und besonders in dem Inserat fol. 28. b eor. act. die Appellanten dieser Frohne halber zu widerlegen gesucht, nicht weniger fol. 29. eor. act. die Bitte, daß in dieser Sache vor ihm selbst erkannt werden möchte, angehängt hat; desgleichen nach der Zeit dieserhalb, juxt. fol. 39 und 54. Vol. act. sub ⊙, vor Gericht erschienen und die fol. 29, 42, 70 und 74 befindlichen Schreiben unter seinem eigenen Nahmen übergeben, und dahero die Citation nicht nur an den Pachter fol. 27, sondern auch fürnämlich an ihn fol. 52. eor. act. gerichtet werden müssen, ohne daß solchergestalt die hierauf verwendeten Unkosten als vergeblich verursacht angesehen werden mögen; sodann ad 2) Appellanten, weil die Leistung der Frohnen durch die Verjährung gar wohl aufgehoben werden mag, auch deren Beweiß vorzubehalten gewesen; zum Beweiß dieser Verjährung aber, die blose Nichtleistung der Frohnen keinesweges hinreichend ist, gestalten die Forderung der Frohnen, wenn sie auch, nach der Lehre des Hr. von Leysers in medit. ad Pand. spec. 410. med. 1. nicht in einem actu merae facultatis, sondern in einem aus einem Vertrage herrührenden persönlichen Rechte, welches durch einen dreyßigjährigen Nichtgebrauch, wie alle persönliche Rechte, aufhörete, bestünde, dennoch nicht durch einen blosen, sondern nur durch einen qualificirten Nichtgebrauch, besage klarer Gesetze, verlohren gehet m), in mehrern Betracht, daß eines Theils der Gutsherr die Frohnen während der Zeit nicht benöthiget gewesen, oder, wie auch selbst von Appellaten fol. 40 b. eor. act. vorgeschützt worden, selbige zu fordern, verhindert worden seyn kann; in solchen Fällen aber, weil dem Gutsherrn keine Nachläßigkeit beyzumessen ist, auch die zur Strafe derselben

m) *l. 2. und 7. D. de usu et usufr. legat.*

derselben eingeführte Verjährung nicht Statt finden kann, andern Theils dergleichen Verjährung nicht blos vertilgend, sondern auch zugleich und hauptsächlich erwerbend ist, weil die Fröhner, wenn sie, wie dermalen, die Frohnen nach dem Erbregister unbezweifelter Masen zu leisten schuldig sind, alsdenn, wenn sie von deren Leistung durch die Verjährung sich frey gemacht haben wollen, sich den Besitz der Befreyung erst auf eine rechtiche Art erworben haben müssen; selbige aber in den Eigenschaften, wie in den dermaligen Urthel angezeiget worden, bestehet n); endlich ad 3) die Appellanten nicht muthwillig gestritten, und also auch nicht alleine in die Unkosten vertheilet werden dürfen: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

B) Von persönlichen Rechten und Verbindlichkeiten, so unmittelbar aus den Gesetzen entspringen.

LI.

Von dem noch dermaligen Nutzen des Julianischen oder alten Calenders in der Rechtsgelahrheit.

§. 1.

Die Zeit hat einen grosen Einfluß in die Rechte und Verbindlichkeiten so wohl bey geistlichen als weltlichen Sachen. Dahero denn auch die Calender bey selbigen vielen Nutzen leisten. Es sind aber die Calender o), sonst auch Allmanach p) genannt, nichts anders, als eine

n) CARPZOV in *iurispr. for. part.* 2. *const.* 22. *def.* 12. RICHTER *decis.* 98. *num.* 37. BERGER *decis.* XVIII. LYNCKER *Vol.* II. *resp.* 77. *num.* 10. STRYK in *annot. ad Lauterbach. lib.* VII. *tit.* VII. *verb. finitur.* HORN *class.* VI. *resp.* 9. WERNHER *part.* 1. *obs.* 76. *et part.* 3. *obs.* 241.

o) Sie haben ihren Nahmen von dem lateinischen Worte Calendae. Welches von dem griechischen Worte καλεῖν, oder herbeyrufen, seinen Ursprung hat. Weil an dem ersten Tage jeden Monates das römische Volk durch den Bischof zur Versammlung berufen wurde, um ihnen bekannt zu machen, was in dem ganzen Monate für Ferien und sonst in der Religion beobachtet werden sollte. Siehe VARRO *de lingua latina.* V. 4. HENR. LINCK *de calendario.* Altorf 1674.

p) Man meint, daß dieses Wort aus der Arabischen Sprache herkomme, und schon den alten Aegyptiern bekannt gewesen sey. BESOLD in *thesaur. pract. tom.* I. *voc.* Calender, S. 150. Der sonst fleißige Haltaus hat selbiges in seinem *glossario* nicht mit erkläret. Mir scheint es ein teutsches Wort

eine nach dem Lauf der Sonne und des Mondes eingerichtete Eintheilung des Jahres in Monate, Wochen und Tage.

§. 2.

In Teutschland ist, nach den Zeiten des Kaysers Karls des Großen, der Julianische Calender eingeführet worden q). Es hat selbiger seinen Nahmen von dem ersten römischen Kayser CAIVS IVLIVS CAESAR. Welcher im Jahr der Welt 3904, oder in dem 707den Jahre, nach Erbauung der Stadt Rom, nicht nur das Jahr nach dem Lauf der Sonne eingerichtet und verordnet, daß es 365 Tage haben sollte, sondern auch den Calender, auf des Sosigenis und anderer berühmten Sternkundiger Einrathen, in eine bessere Verfassung gebracht hat.

§. 3.

Weil aber der Julianische Calender nicht ohne Fehler war, so bemühete man sich, Statt dessen, nach der Zeit einen andern einzuführen. Es gelung diese Arbeit endlich dem Pabst GREGORIVS dem XIII den, Welcher, nachdem er disfalls die berühmtesten Mathematiker zu Rathe gezogen, und auch durch den Aloysium Lilium die Verbesserung vornehmen lassen r), im Jahr 1581, nach Christi Geburt, deshalb eine eigene Bulle s) bekannt machte, worinne er den alten oder Julianischen Calender gänzlich aufhob, und, seinen neuen Calender, der von seinem Nahmen der Gregorianische Calender genennt wird, einzuführen, allen Patriarchen u. s. f. anbefohl. Er schickte auch in dem darauf

Wort zu seyn, welches aus all, man, oder Mant, und nach zusammen gesetzt ist. Das Wort Mant bedeutet nach der Mundsprache gemeiner Leute, welche die Wörter sehr abzukürzen pflegen, und worauf man sonst im Schreiben der Wörter nicht genau Acht gehabt, eben so viel, als Monat. Es soll also das Wort Allmanach so etwas anzeigen, wornach man sich alle Monate zu richten hat. Man erblickt schon auf den Stäben der Barden eine gewisse Art Calender mit runischen Buchstaben eingeschnitten, welche sie vielleicht nicht besser, als All Moon Acht, oder ein Verzeichniß alles dessen, worauf alle Monate, das Jahr hindurch, zu achten ist, haben benennen können. Siehe des Predigers zu Lüdersdorf S. J. E. Stosch Versuch in richtiger Bestimmung der gleichbedeutenden Wörter der deutschen Sprache. Dritter Theil. Frankfurt an der Oder 1773.

q) CHRIST. GOTTLOB HALTAVS *de calendario medii aeui, praecipue germanico.* Lipſ. 1729. 8.

r) THVAN. l. 76. S. 678.

s) Diese Bulle ist am vollständigsten in des CHERVBINS *Bullario Magno Romano, tom.* II. S. 455. anzutreffen.

auf folgenden 1582sten Jahre seinen neu verbesserten Calender an alle Prinzen in Europa und auch an die vornehmsten Academien Teutschlands, damit sie solchen annehmen möchten t). Solches geschahe nun auch zwar im Jahr 1583 von dem Kayser Rudolph den IIten und den catholischen wie auch einigen evangelischen Ständen, allein die übrigen mehresten evangelischen Stände liessen sich zur Annehmung des Gregorianischen Calenders nicht bewegen.

§. 4.

Unter den Gründen, weshalb die meisten Augspurgischen Confessionsverwandten den Gregorianischen Calender nicht annehmen wollten (§. 3), fanden sich fürnämlich mit diese beyden, daß eines Theils der Pabst GREGORIVS der XIII de in der obgedachten Bulle (§. 3) zu gebieterischer Ausdrücke sich bedienet, und man andern Theils auch in dem Gregorianischen Calender viele Fehler entdeckt hatte u). Man bemühete sich dahero das Calenderwesen zu verbessern. Welches am meisten durch den Jenaischen in den mathematischen Wissenschaften mit besonderer Geschicklichkeit begabten Professor Erhardt Weigel geschehen ist x). Denn dieser hat nicht nur an vielen Protestantischen Höfen, wie auch an dem Schwedischen und Dänischen Hofe, und dann fürnämlich bey dem Reiche, den 4ten October 1699, eine Calenderverbesserung vorgeschlagen, sondern auch zugleich gewiesen, wie selbige ins Werk gerichtet werden und geschehen könnte. Diesen Vorschlag nahm das Corpus euangelicum, nach zu Rathziehung einiger anderer Mathematiker, größten Theils an, und machte am 23sten September 1699 endlich den Schluß, daß die in dem bevorstehenden XVIII den Jahrhunderte nach dem 18den Februar des alten Styls folgende eilf Tage in den Calendern ausgelassen und das Matthiae Fest auf besagten 18den Februar geleget, auch das Osterfest nicht nach dem Dionysianischen Cyclo des Julianischen Calenders, vielweniger nach dem Gregorianischen Cyclo, sondern nach astronomischer Rechnung, gleich wie man solches auf dem Nicänischen Concilio beobachtet, gefeyert werden sollte y). Daher ist nun

t) THVAN. I. 76. S. 577.

u) Siehe IO. BERNH. WIEDEBVRG *de imperfectione calendarii gregoriani eiusque anno 1724. discrepantia a calendario correcto.* Ienae 1723. 4.

x) Siehe dessen bürgerlichen Zeitspiegel Jena 1664.

y) Siehe IAC. BRVNNEMANNI diss. *de iure XI. dierum calendario subtractarum.* Hal. 1700.

der verbesserte, oder, in Absicht des alten oder Julianischen Calenders, der so genannte neue Calender mit dem Anfange des Jahres 1700 entstanden. Dessen sich noch alle und jede evangelische Stände in Teutschland bedienen z). Daher kommt nun auch die Eintheilung verschiedener Tage in alte und neue. Z. E. alt und neu Michael. Das ist Michael nach dem alten oder Julianischen Calender, und Michael nach dem neuen oder verbesserten Calender.

§. 5.

Hiermit nun, daß man nämlich in dem neuen oder verbesserten Calender, die nach dem 18den Februar des Julianischen Calenders folgenden 11 Tage weggelassen (§. 4), ist die natürliche Folge entstanden, daß in dem neuen Calender jeder Tag, Z. E. ein Festtag, wenn selbiger mit gerechnet wird, 11 Tage, oder, wenn selbiger nicht mit gerechnet wird, 10 Tage eher entstehet, als nach dem Julianischen Calender. Zum Exempel, nach dem verbesserten oder neuen Calender fällt das Fest der heiligen drey Könige auf den 6ten Jenner, hingegen, nach dem Julianischen oder alten Calender fält selbiges 10 Tage später, nämlich auf den 17den Jenner des verbesserten Calenders.

§. 6.

Durch Einführung des verbesserten Calenders hat man die auf die Zeit des Julianischen Calenders sich beziehenden und darnach bereits errichteten Privatrechte und Verbindlichkeiten der Unterthanen weder aufheben wollen, noch füglich aufheben können. Denn die Gesetze werden den Unterthanen nur in Ansehung ihrer künftigen Handlungen zur Vorschrift gegeben, und der Regent herrschet über seine Unterthanen, nicht um ihnen ihre wohlerworbenen Rechte zu nehmen, sondern um selbige dabey zu schützen.

§. 7.

Aus dem, so vorhin ausgeführet worden (§. 5 und 6), können wir nun den nützlichen Schlußsatz ziehen: daß die Rechte und Verbindlichkeiten, welche man zu einer gewissen Zeit des Jahres auszuüben oder zu

z) Siehe FABRI Staatscanzley *tom.* IV. *pag.* 744. THEATRVM EVROPAEVM *tom.* XV. *pag.* 691.

zu erfüllen hat, und welche noch vor Einführung des verbesserten Calenders, mithin vor dem Jahre 1700 errichtet worden, annoch nach der Zeitrechnung des Julianischen Calenders dergestalt beurtheilet werden müssen, daß der in dem verbesserten Calender bestimmte Tag, 10 Tage später hinaus zu rechnen ist.

§. 8.

Ja es kann sich zutragen, daß man so gar in öffentlichen Angelegenheiten nicht nur auf den alten Julianischen, sondern auch auf den Gregorianischen Calender Rücksicht zu nehmen hat. Denn so war in dem so genannten Endscheidungsjahre (annus decretorius), nämlich in dem Jahre 1624, so wohl der alte Julianische, als Gregorianische Calender in Teutschland, nach Verschiedenheit der Religionsverwandten, angenommen (§. 3. 4). Wann nun die wichtige Frage aufgeworfen wird: nach was für einem dieser beyden Calender ist der Entscheidungstag (dies decretorius) zu bestimmen? so kommt es hierbey darauf an, was für ein Calender in jedem Lande und Orte im Jahr 1624 gegolten hat. Daher denn auch der Königlich Dänische Etatsrath Herr Johann Jacob Moser a), dafür hält, daß, wenn damals an einem Orte beyde Calender zugleich üblich gewesen, jeder Theil sich auf seine Zeitrechnung berufen könne.

§. 9.

Der in dem obigen (§. 7) gedachte Satz kann mit vielen Nutzen bey der Lehre von der Huth und Trift, dem Hordenschlag, der Entrichtung der Zinsen und anderer Gefälle, der Frohnenleistung, u. s. f. zur Anwendung gebracht werden. Weshalb denn auch in einem Chursächsischen Mandate vom 6ten März des 1700ten Jahres folgendes verordnet wurde:

Von Gottes Gnaden Wir Friedrich August rc.

Eilftens, damit auch wegen der Triften und Hütungen, so einer auf des andern Feldern und Wiesen hergebracht, wenn damit anzufangen oder aufzuhören, eine beständige Gewisheit seyn möge: So ist unser Will und Meinung, daß, wann und wo zur Oefnung, auch Wiederhegung jetzt berührter Wiesen und Felder rc. gewisse Tage

a) in dem achten Stück seiner Abhandlung verschiedener Rechtsmaterien, Num. 5.

Tage bishero üblich und ausgesetzt gewesen, nicht allein dieses Jahr, sondern auch künftig jedes Jahr 10 Tage später, als anhero üblich gewesen, damit angefangen und verfahren werden soll. Wornach sich also jedermänniglich zu achten, auch von unsern hohen und niedern Gerichten und in denen *judiciis* zu sprechen. Geschehen Dreßden den 6ten März *anno* 1700.

(L. S.) *Egon* Fürst zu Fürstenberg.

Wie denn auch besonders im Forst- und Jagdwesen ebenfalls der alte Calender zuweilen in Gebrauch zu seyn pfleget. So heist es, zum Exempel, in der Fürstlich-Waldekischen Forst- und Jagd- oder Weidewerksordnung vom Jahr 1741, Cap. *III.* §. *XI.* In der Setze- und Hirschbrunstzeit, nämlich von alten Maji bis *Iohannes Baptistae*, und *respective* vom 1sten *Septembris*, oder *Egidii* bis *Galli* Tag, sollen die Waldungen stille gehalten, alle Hunde angeleget und gar nicht mit hinausgenommen, auch übrigens in den Waldungen nichts handthieret, gehütet oder sonst was vorgenommen, anbey die Wildbahn an Orten und Enden, wo es schädlich, mit durchfahren und wandern bey willkührlicher Strafe verschonet werden.

Rechtsfall.

Es hat G. H. L** zu E** ein Mannlehngut, wobey sich eine freye Schäferey, nebst der Trift und Huth, wie auch der Horden und Puchtenschlag im Felde und Fluhr daselbst befindet. Er und seine Vorfahren sind auch bis zu Eintretung des 1700ten Jahres befugt gewesen, die Horden, im Sommerfelde, bis zu Marien Verkündigung, nach dem alten Styl gerechnet, und im Brachfelde, welches wegen der darauf gegen den Herbst zu bestellenden Wintereinsaat, auch das Winterfeld genennt wird, bis Michaelis des alten Calenders liegen zu lassen und den Acker damit zu düngen. Nachdem es nun geschehen, daß mit dem Jahr 1700 der alte Calender abgeschaft und der neue oder verbesserte Calender eingeführt worden, worinne man gedachten Marien Verkündigungs- und Michaelis Tag 10 Tage früher als im Julianischen Calender gesetzet hat, so trägt sich es zu, daß die Schäfer, an welche die Schäferey bey dem Gute verpachtet ist, die Horden nicht bis zu alt Michael, das ist, bis zu Michael des alten Calenders, stehen lassen, sondern selbige etliche mal vor neu Michael, das ist, vor Michael des

des verbesserten Calenders, auf Verlangen der dasigen Gemeinde, wegschaffen müssen. Dieses veranlaßt in der nachfolgenden Zeit zwischen den Gutsbesitzer und der dasigen Gemeinde, über den Besitz des Horden und Puchtenschlags auf der dasigen Flur bis zur alten Zeit, grose Irrungen. Die Sache kommt zum Proceß, worinne die Gemeinde in dem Besitze der Freyheit von dem Hordenschlage bis zu alt Marien Verkündigung im Sommerfelde, und bis zu alt Michaelis im Winterfelde geschützet, und der Gutsbesitzer ins Petitorium verwiesen wird. Selbiger stellt nun auch im Jahre 1722 vor der Fr** Regierung die Petitorienklage an. Er beziehet sich darinne auf sein ehemaliges Befugnis, und daß seine Pachtschäfer ihm nichts vergeben können, zumal da in dem Chursächsischen Mandate vom 6ten März 1700 b) klärlich versehen, daß, nach eingeführten neuen Calender, mit Wiederhegung der Wiesen und Felder 10 Tage später, als bishero üblich gewesen, verfahren werden sollte.

Er bittet dahero denn auch zu erkennen, daß er, wegen des libellirten Mannlehngutes zu E**, die Horden und Puchtenschlag im Felde und Flur E**, und zwar im Sommerfelde 10 Tage nach Marien Verkündigung des im Jahr 1700 eingeführten neuen Calenders, und im Winterfelde 10 Tage nach Michaelis jetzt besagten Calenders, ohne der Beklagten Verhinderung zu lassen noch ferner befugt, beklagte Gemeinde hingegen, alle auf diesen Proceß verwandte Unkosten und verursachte Schäden ihm zu ersetzen schuldig.

Beklagte Gemeinde schützt hauptsächlich dargegen vor, daß das von Klägern angezogene Chursächsische Mandat in den Schwarzburgischen Dörfern, worunter das Dorf E** mit begriffen, niemalen wäre publiciret worden. Ausserdem führt sie an, daß, nach eingeführten neuen Calender, auch nach diesem, und nicht mehr nach dem alten Calender gerechnet werden müßte. Sie läßt sich jedoch allenfalls auf die Klage ein, und leugnet, daß Klägern das libellirte Befugnis zustünde.

Es wird dahero Klägern in einem Urthel der Beweiß auferleget und beklagter Gemeinde der Gegenbeweiß vorbehalten. Als darauf beyde Theile selbigen geführet und darüber rechtlich verfahren, so wird in einem von der Juristenfacultät zu H** im März 1725 eingeholten Urthel folgender Masen erkannt:

Urthel

b) Siehe obigen §. 9.

Urthel

Daß Kläger und Producent dasjenige, so ihm zu erweisen obgelegen, und er sich angemaßet, nach Nothdurft erwiesen, dannenhero er bey der Gerechtigkeit des libellirten Hordenschlages im Esperstedtschen Felde bis zu Marien Tag im Sommer- und bis Michaelis im Brachfelde, und zwar nach der alten Zeit, nicht unbillig zu schützen. Die Unkosten werden aus bewegenden Ursachen gegen einander compensiret und aufgehoben. Von Rechts wegen.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Beklagte in ihrem geführten Gegenbeweise durch das reproducirte Amtsattestat so viel erwiesen zu haben vermeinen, daß bey denen Hut- und Triftgerechtigkeiten, wenn deshalb gewisse Zeiten und Tage bestimmt, auf die Rechnung nach dem alten Calender nicht zu sehen, immasen das Chursächsische Mandat in denen dortigen Schwarzburgischen Dörfern, worunter Esperstedt mit begriffen niemalen publiciret, solche auch von Klägern anderweit so wenig als dessen gerühmte Gerechtigkeit wegen des Puchtenschlages erwiesen worden, mithin die producirten Documenta und Attestata injurata von keiner Erheblichkeit, und was die Zeugen von der Possession etwan ausgesaget, in petitorio quoad titulum nichts erweisen könne, zumalen dieselbe wegen des Befugnisses an sich absque ratione deponirt, auch nicht leugnen können, daß Beklagten und Producten sich darwider jezuweilen opponiret, dahero denn auch, was im possessorio zugestanden worden, weniger das factum oder Connivenz derer Schäfer der ganzen Gemeinde präjudiciren könne:

Dennoch aber und dieweil in vorbemeldetem Chursächsl. Mandate nichts enthalten, als was ohnedem den Rechten gemäs, sintemalen sich von selbsten verstehet, daß wo zur Oefnung und Wiederhegung derer Wiesen und Felder, wie auch der letztern Brach- und Stürzung gewisse Tage vorhero üblich und ausgesetzt gewesen, nach verbessertem und veränderten Calender 10 Tage später verfahren müsse, weil nicht nur so lange später angefangen wird, sondern auch dieses daraus folgen würde, daß ein jeder diejenigen 10 Tage, so er das letzte Jahr vor Veränderung des Calenders würklich gehabt, auf einmal verliehren müßte, so daß die übrige Zeitrechnung und desfalls zu besorgende Confusion auf die

die Hut und Trift oder deshalb gesetzten gewissen Tage keinesweges zu erstrecken, mithin beregtes Mandat, wenn es gleich in dortigen Landen nicht publiciret, dennoch de obseruantia füglich eingeführet werden kann; womit auch die Zeugenaussagen fol. 110. überein treffen, und von der possessione antiqua sowohl, als der Befugnis und Gerechtigkeit des Klägers selbst ein genugsames Zeugniß abstatten, auch die testes deshalb de certa scientia deponiren; ferner die producirten Documente fol. 45. seqq. den Hordenschlag ausdrücklich im Munde führen, worauf sich der Lehenbrief beziehet; solchemnach de probatione tituli nicht gezweifelt werden mag; daneben von der Ungültigkeit und Unvollkommenheit sothaner documentorum zu disputiren, nicht mehr res integra, allermasen dieselbe in termino productionis gerichtlich recognosciret und über die Recognition rechtskräftig erkannt worden; sowohl auch Beklagte selbst in ante actis bey der litis Contestation und sonsten ad acta gestanden, daß Kläger und seine Vorfahren bis anno 1706. den Puchtenschlag ungehindert exerciret, so ihnen zwar dazumalen in possessorio nicht präjudicirlich seyn mögen, vielmehr sie darinne geschützet worden, dennoch in petitorio die confessio judicialis nicht revociret worden, noch Klägern hinderlich seyn kann, daß die Gemeinde jezuweilen contradiciret und sich widersetzet, anerwogen in petitorio nicht von diesen factis, sondern von dem Befugnis selbst die Frage ist: So sind Wir, wie in dem Urthel enthalten, zu erkennen, die Unkosten aber, da Beklagte in possessorio obtiniret, zu vergleichen bewogen worden.

Beklagte Gemeinde, welche sich durch dieses Erkänntniß beschwert hält, wendet darwider die Leuterung ein. Die Acten werden hieher geschickt und der Schöppenstuhl ertheilet im November 1725 folgendes

Leuterungs-Urthel.

Daß es, eingewandter Leuterung ungeachtet, bey dem in *Volum. sub ⊙ fol.* 157 befindlichen Urthel, billig verbleibet. Auch sind Beklagte die Unkosten des verzögerten Processes, auf vorgehende Liquidation und richterliche Mäßigung, Klägern zu erstatten schuldig. Von Rechts wegen.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Beklagte sowohl wider die fol. 171 befindliche Vollmacht, als auch wider das fol. 157 enthaltene, am 8ten May jeztlau-

fenden Jahres eröfnete Urthel, eines und das andere einzuwenden bemühet sind, insonderheit bey dem letzteren Vorgeben, daß solches auf irrige supposita gegründet wäre und dahero nicht bestehen könnte:

Alldieweil aber dennoch an des Klägers Legitimation, zumal nach itzigen Umständen des Processes mit Bestande nichts auszusetzen; desgleichen der Grund der Klage und insonderheit der terminus a quo und ad quem des in Frage kommenden Hordenschlages, aus dem geführten Beweis sattsam erhellet; ferner durch Verbesserung des Calenders, dergleichen auf gewisse Tage gesetzte besondere Gerechtsame der Partheyen nicht verändert oder verrücket worden, sondern dissfalls der Julianische oder so genannte alte Calender annoch billig beobachtet wird; wie denn auch, daß dieses anders nicht seyn könne, in den Entscheidungsgründen des vorigen Urthels ganz deutlich gezeiget worden, und diese keinesweges auf irrige supposita gegründet; vielmehr aber, was darwider eingewendet, von keiner Erheblichkeit zu achten: So ist derowegen, wie im Urthel enthalten, billig erkannt.

Auch wider dieses Urthel ergreift beklagte Gemeinde zwar anfänglich die Appellation, sie erklärt sich aber darauf gerichtlich am 23ten März 1726 durch ihren Syndicum, selbige wieder fallen zu lassen und solcher zu renunciiren, jedoch mit Vorbehalt aller ihr zukommenden Gerechtsame und Rechtswohlthaten.

Nachdem dieses geschehen, so kommt in der folgenden Zeit das Gut an einen andern Besitzer, welchem von dem ehedessen über den Hordenschlag mit der Gemeinde zu E** geführten und rechtskräftig entschiedenen Petitorienproceß nichts bekannt ist. Die Gemeinde macht sich dieser Unwissenheit des Gutsbesitzers zu Nutze, und läßt ihm nicht alleine im Jahr 1765 die zur E**schen Gutsschäferey gehörigen Schafhorden zu neu Michael umwerfen, sondern dieses auch in darauf folgenden 1766sten Jahre, vier Tage nach neu Michael, und mithin ehe alt Michael herbey gekommen, wiederhohlen.

Der Gutsbesitzer F. A. R** siehet dieses als eine Turbation seines Possesses an; und erhebet deshalb vor dem Amte zu Fr** wider die Gemeinde zu E** eine Possessorienklage. Er führet darinne an, daß er von 2. 3. 4. 5. 10. 20. 30. 35 und mehr Jahren, über rechtsverjährte Zeit, nebst den vorherigen Besitzern seines zu E** gelegenen Rittergutes

in

in geruhiger possessione vel quasi sich befinde, seine zu sothanen Gute und dessen Schäferey gehörige Schafhorde bis zu alt Michael eines jeden Jahres in Flur und Felde zu E** zu haben. Bittet dahero, ihn bey diesem Besitze zu schützen, beklagter Gemeinde alle fernere Turbationen zu untersagen, und selbige zu Bestellung der Caution, ihm nicht weiter zu beunruhigen, nebst Erstattung aller veruhrsachten Unkosten, anzuhalten.

Beklagte Gemeinde schützt darwider die Einrede einer ungegründeten Klage vor, weil, vermöge des Zeugenrotuls, den sie beyleget, Kläger die Horde zu neu Michael aus dem Felde schaffen müßte, und sie, die Gemeinde, solche zu neu Michael niederzulegen, sich so wohl in einem alten als neuerlichsten Besitze befinde. Jedoch läst sie sich auf allen Fall, da sie dessen für schuldig geachtet werden sollte, auf die Klage ein, und leugnet Klägern den Besitz, worauf er sich in seiner Klage bezogen.

Kläger, welcher nun in dieser Sache weiter nachforschet, gelanget darauf zu den beyden obigen in Petitorienprocesse gesprochenen und rechtskräftig gewordenen Urtheln. Dahero er, ohne auf der Beklagten ihren Exceptionssatz und eventuelle Einlassung zu antworten, mit einer neuen Imploration im Jahr 1767 wider die Gemeinde einkommt. In selbiger stellt er vor, daß die Gemeinde, obgleich während des anhängig gewordenen Processes keine Innovationen vorzunehmen, sich dennoch unterstanden hätte, ihm, den Tag nach neu Michael, gedachten Jahres, die Horden abermahlen niederlegen zu lassen. Dieses sey eine offenbahre Turbation, weil diese Sache, besage der in vidimirter Abschrift beyliegenden Urthel, vorlängst in petitorio bey hochfürstlicher Regierung entschieden und der vorige Besitzer in Ansehung seines Gutes zu E** bey der Gerechtigkeit des Hordenschlages bis Marientag im Sommer- und bis Michaelis im Brachfelde, nach der alten Zeit, rechtskräftig geschützet worden wäre. Und weil dahero über den Besitz zu hadern nicht mehr nöthig wäre, so bittet er, die Commun E**, wegen gedachter neuerlichen Turbation nachdrücklich zu bestrafen, ihr, bey 20 Rthl. Strafe, alle fernere Turbation zu untersagen, sie zum Ersatz der verursachten Unkosten, wie auch zur Cautionsbestellung de non amplius turbando anzuhalten, und ihr dieserhalb einen terminum docendae paritionis anzuberaumen.

Beklagter Gemeinde wird nun auch, nebst copeylicher Anfuge dieses Schreibens, auferleget, Imploranten hierunter klaglos zu stellen und die verursachten liquidirten Unkosten zu erstatten, oder, warum solches nicht

 gesche-

geschehen könne, den 9ten Novemb. bey Fürstlichen Amte anzuzeigen und darauf weitere Resolution zu gewärtigen.

Die beklagte Gemeinde erscheinet in dem angesetzten Termine durch ihren Syndicum, und schützt die Einrede des bereits anhängigen Processes vor, mit dem Beyfügen, daß sie nicht gemeinet sey, in ein und eben derselben Sache in zwey Processe sich einzulassen, bevorab da die blossen Extracte aus Acten, welche sie nicht gesehen, und welche vor einem ganz andern Gerichte ergangen, und die nicht von ihm, Imploranten, sondern von einem andern und dritten wider die Commun geführet seyn sollten, ihm kein Recht in dieser Sache gäben.

Kläger versetzt darauf, daß, ob er gleich das Possessorium anfänglich angestellt, so sey er doch nunmehro, da er zu den Urtheln gelanget, von welchen er bishero nichts gewußt, darinne fortzufahren nicht verbunden. Denn die Urthel wären aus öffentlichen Acten genommen, welche keiner Recognition bedürften, und sie entschieden die Sache selbst in Ansehung des Rechtes, derentwegen Beklagte, durch selbige rechtskräftig condemniret worden wären. Derjenige aber, welcher bereits condemniret worden, brauchte nicht von neuem belanget zu werden, sondern die Sentenz wäre nur wider ihn zur Vollstreckung zu bringen.

Beklagte Gemeinde beharret auf ihrer Einrede, weil man wohl sehe, daß Kläger die vorige Possessorienklage um deswillen, weil er aus ihrem Zeugenrotul gesehen, daß er damit nicht fortkommen würde, hätte liegen lassen. Dahero er denn auch ihnen die vergeblich verursachten Unkosten zu erstatten verbunden wäre.

Die Acten werden darauf nach H** an den Schöppenstuhl geschickt, und wird von selbigem in dessen am 3ten October 1768 eröfneten Urthel folgendermassen erkannt.

Urthel.

Auf Vorbringen, übergebenen Zeugen Rotulum und erfolgte Gesätze, des Freysassens Friedrich August Rüdigers zu Esperstedt, Imploranten eines, der dasigen Commun, Imploraten andern Theils, so Uns derselbe in zweyen anbey zurückkommenden Voluminibus actorum zugeschicket und sich des Rechten darüber zu berichten gebeten, Erkennen Wir K. Pr. d. H. M. S. z. H. nach deren Vorles- und Erwegung, vor Recht:

Daß

Daß des Implorantens Suchen zur Zeit und bevor nicht derselbe den Hordenschlag bis alt Michaelis ieden Jahres im Esperstedtischen Fluhr und Felde zu halten *in possessorio ordinario* oder *petitorio* gehörig an- und ausgeführet, keine Statt hat; derselbe auch die bis anhero verursachten Unkosten, nach vorgängiger deren Ansetzung und erfolgter richterlicher Ermäsigung, der Imploratischen Gemeinde zu erstatten schuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl nach denen fol. 3. et 4. Vol. nr. III. in beglaubter Abschrift befinndlichen Urtheln, es eine große Wahrscheinlichkeit gewinnet, daß in anno 1725. zwischen dem damaligen Besitzer des Implorantens Freygute und der Commun Esperstedt, wegen des ietzo streitigen Hordenschlages ein Proceß vorgewaltet, und nach besagten Urtheln der damalige Kläger bey der Gerechtigkeit unter andern den Hordenschlag bis zu Michaelis im Brachfelde, und zwar nach der alten Zeit geschützet worden, solches auch nach dem inducto fol. 6. Vol. nr. III. zu seiner Rechtskraft gediehen, mithin daß es bey diesem iudicato schlechterdings zu lassen, auf das Klagewerk im possessorio sumariissimo nach dem Vol. nr. 108. nicht die geringste Rücksicht zu nehmen, auch das Imploratische Gemeinde gar nicht weiter zu hören sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

Dennoch aber und dieweil Implorant in actis Vol. 108. das possessorium selbst erwehlet und fol. 8. Imploratische Gemeinde zur Einlassung auf die desfalls übergebene Klage nochmals provociret, mithin es auch Rechtens, daß so lange Implorant diesem Klagewerk ausdrücklich nicht renunciiret, noch die verursachten Kosten erstattet, er so fort keinen neuen Weg einschlagen, noch dadurch Imploratische Gemeinde in zwey Proceßarten über einerley Sache auf einmal verwickeln kann; bevorab eine Wahrscheinlichkeit noch keine unumstößliche Gewisheit ausmachet, diese auch im gegenwärtigen Falle, daß nemlich des Implorantens Freygute die Gerechtigkeit, den Hordenschlag im Esperstedter Fluhr und Felde bis alt Michaelis zu halten, rechtskräftig bereits zugesprochen sey, dadurch nicht wenig zweifelhaft wird, daß Imploraten fol. 15. Vol. nr. III. anzuführen gewußt, wie die von Imploranten beygebrachten iudicata, nicht auf seinem, sondern auf einem ganz andern Nahmen lauten, sowohl auch die auf Seiten der Imploraten abgehörte Zeugen die in artic. 17. et 18. fol. 32. Vol. nr. 108.

ent-

enthaltene Umstände, daß um Michaelis die Schäfer des Rüdigerschen Freyguts die Horden aus dem Felde schaffen müssen, und die Gemeinde die Horden denen Besitzern besagten Gutes um Michaelis niederzulegen, sich seit 1. 2. 3. 4. 5. 10. 20. und 30. auch mehrern Jahren her in Besitz befinde, eidlich bekräftiget, und daß allhier nicht von alt Michaelis, sondern von neu Michaelis die Frage gewesen, aus dem art. 19. fol. 33. Vol. nr. 108. deutlich erhellet, welches mit den voran geführten iudicatis nicht wohl zusammen zu reimen; wannenhero Imploraten um so mehr darwider zuvörderst zu hören, da auch ein erlangtes Recht wieder verlohren gehen kann. Immittelst denen Imploraten nicht angemuthet werden mag, bevor nicht die erhobene Possessorienklage auf eine oder andere Weise abgemachet worden, auf das Anbringen im petitorio sich einzulassen; darnechst Implorant in actis Vol. nr. 108. die geklagte und ihm abgeleugnete Posseß vel quasi den zu seinem Gute gehörigen Hordenschlag bis alt Michaelis im Fluhr und Felde Esperstedt zu haben, mit nichts bescheiniget; dahingegen der Imploraten abgehörte Zeugen obangeführtermasen das Gegentheil bekundschaftet. Solchergestalt aber des Implorantens Gesuch noch zur Zeit und bis er in possessorio ordinario oder petitorio ein anderes ausgeführet hat, nicht statthaft seyn können; und obwohl Implorant in actis nr. III. das petitorium allschon ergriffen, iedennoch auch demselben nach Lage der Sache ebenfalls das possessorium ordinarium vorbehalten werden müssen, und demselben allerdings unbenommen bleibet, ob er der Imploration fol. 1. Vol. nr. III. wenn selbige den Imploraten nochmals gehörig communiciret wird, weiter inhäriren, oder eine neue Klage übergeben will, da denn, wenn partes genüglich darüber gehöret worden, sich ergeben wird, was es eigentlich für Beschaffenheit mit denen fol. 3. et 4. Vol. nr. III. inducirten judicatis habe; vorietzo aber Implorant um deswillen, weil er sein Klagewerk im possessorio mit nichts bescheiniget, sowohl auch die oftangeregten iudicata in petitorio noch zur Zeit keinen vollkommenen Beweiß abgeben können, in Erstattung der Unkosten auf der Imploraten Anbringen fol. 10. Vol. nr. 108. et fol. 14. Vol. nr. III. zu vertheilen gewesen; im übrigen und da Imploranten fol. 16. Vol. nr. III. nur wider ein Erkenntniß in petitorio Appellation erhoben, damit aber vorwaltenden Umständen nach, noch nicht verfahren werden können, mithin diesem Erkenntnisse die Appellation nicht zuwider ist, und daher keine Absicht darauf zu nehmen gewesen; als sind Wir, wie im Urthel enthalten, zu erkennen bewogen worden.

Im-

Implorant, welcher in den Gedancken stehet, daß weder seine Imploration für unstatthaft erkannt, noch er in die Erstattung der Unkosten vertheilet werden sollen, wendet wider dieses Urthel die Leuterung ein. Er beziehet sich, zu deren Begründung, nicht nur auf die mehrgedachten rechtskräftigen Urthel, welche ehedessen G. H. L** zu E** wider die Gemeinde in den Petitorienproceß erhalten, sondern er bringt auch einen Zeugenrotulum bey, wodurch er ausserdem seinen Besitz zu bescheinigen sucht, und die Endscheidungsgründe dieses Urthels zu entkräften vermeinet. Allein demungeachtet wurde die vorige Sentenz, nachdem die Acten an den hiesigen Schöppenstuhl geschickt worden, im Junius 1769 folgender Masen bestätiget.

Leuterungs-Urthel

Auf eingewandte Leuterung, deren Prosecution, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen des Freysassens F. A. R** zu E**, Implorantens und Leuterantens an einem, der dasigen Commun, Imploratens am andern Theil, s. u. i. d. u. v. e. w. a. a. b. A. i. 3. St. n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. s. w. v. R.

Daß es, der eingewandten Leuterung ungehindert, bey dem am 3ten October 1768 eröfneten und *fol. act.* 24. befindlichen Urthel billig verbleibet. Es ist auch Leuterant die Unkosten des verzögerten Processes Leuteraten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl Leuterant zu Begründung seiner beyden Beschwerden, daß nämlich sein Suchen noch zur Zeit für unstatthaft gehalten, und er in die Unkosten condemniret werden wollen, anführet, 1) daß er durch Einreichung der Imploration fol. 1 act. sub lit. C. num. III. die imploratische Gemeinde in zwey Proceßarten über einerley Sache auf einmal zu verwickeln nicht Willens gewesen, sondern den Besitz, welchen ihm Leuteraten fol. 10 b. act. sub C num. 108. geleugnet, sogleich mit den beygelegten rechtskräftigen Urtheln bescheinigen wollen, masen diese Urthel in eben der Sache ergangen wären, und seines Gutes Hordenschlag in den Fluhren und Feldern zu Esperstedt bis alt Michael vorlängst richtig gemachet, und ihn also die Leuteraten dadurch, daß sie ihm von neuen

die Horden auf neu Michael umlegen lassen, offenbar in seinem Besitze beunruhiget hätten; diese rechtskräftigen Urthel nun auch 2) nicht blos eine Wahrscheinlichkeit, sondern, weil sie das Recht seines Gutes bestimmten, eine Gewisheit darlegten, zumal da 3) diese Urthel, wie Leuteraten niemals geleugnet, und sich auch aus dem Zeugenrotul sub ⊙ fol. 71 seqq. hor. act. ergebe, zwischen den vorigen Besitzern seines in Esperstedt habenden Freygutes und der Commun Esperstedt gesprochen worden wären; solchemnach das durch den Proceß erstrittene Recht auch auf ihn, als den Käufer, bey Erkaufung des Gutes mit selbigem übergegangen wäre; und dahero alles was man von Seiten der Leuteraten wider dieses sein Recht vorgenommen hätte, für eine Turbation und solche Anmasung, die schon selbst den Rechten nach ungültig, zu halten sey; folgbar wenn auch 4) alle Unternehmungen, welche die gegenseitigen Zeugen in dem Rotul sub B. fol 24. act. sub lit. C. num 108. aussagten, wahr seyn sollten, selbige jedoch in turbativischen Handlungen, die wider rechtskräftige Urthel nichts fruchteten, bestünden; sowohl die Zeugen ad art. 17. und 18. dieses ebengedachten Rotuls nur von Niederlegung der Horden um Michael redeten, von neu Michael aber ad art. 19 ejusd. rotuli nichts besonderes auszusagen gewußt hätten; seine, Leuterantens, Zeugen hingegen in dem Rotul sub ⊙ fol. 71. seqq. hor. act. sub lit. C. num IIII. und zwar besonders ad art. 7. und 10. dieses, daß sie bis alt Michael mit der Horde in Felde gelegen und die Gemeinde solches bis dahin litte, klärlich erhärteten; sodann 5) daß sein durch die rechtskräftigen Urthel erlangtes Recht in der folgenden Zeit wieder verlohren gegangen seyn sollte, um deswillen, weil es in etwas geschehenen bestünde, weder vermuthet würde, noch im possessorio dargethan werden könnte, gestalten so bald das Petitorium, wie dermalen gewis, das possessorium hiedurch aufhörte, und derjenige, so im possessorio gewönne, dem in petitorio obsiegenden Theile alle Kosten wieder ersetzen müste; solchergestalt er nun auch, weil er sowohl seinen Besitz, als sein Recht dargethan, und dieses, wie aus seiner Imploration erhellete, nur darthun, nicht aber zwey Processe führen wollen, mit Erstattung der Unkosten zu verschonen sey, und Leuteraten vielmehr selbige ihm zu ersetzen verbunden wären; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. ad 1) die rechtskräftigen Urthel, worauf sich Leuterant beziehet, laut der beygelegten Acten sub ⊙, worinnen selbige fol. 157 und

und 193. vorkommen, nicht zwischen dermaligen Leuteranten, sondern zwischen den Marschcommissarius Georg Heinrich Leukart und der Gemeinde zu Esperstedt ergangen sind; da Leukart, als er nach erhaltenen Erbkauf des bisher wiederkäuflich innegehabten Wertherischen Mannlehngutes zu Esperstedt damit würklich beliehen worden, wegen der dabey sich befindenden freyen Schäferey, nebst der Trift und Hütung, wie auch Horden- und Puchtenschlags im Felde und Fluhre daselbst, wider die Gemeinde zu Esperstedt dahin, daß er wegen gedachten Gutes den Horden- und Puchtenschlag im Felde und Fluhr Esperstedt und zwar im Sommerfelde, 10 Tage nach Marien Verkündigung des im Jahr 1700 eingeführten neuen Calenders, und im Winterfelde, 10 Tage nach Michaelis jetztbesagten Calenders, ohne der Beklagten Verhinderung zu lassen und das Feld damit zu düngen befugt sey, im April des 1722sten Jahres geklaget, und diesen Proceß, Inhalts obgedachter rechtskräftigen Urthel, zu seinem Vortheil, im Jahr 1725 zu Ende gebracht hat; hieraus nun aber, daß Leuterant in dem von Leuteraten ihm abgeleugneten Besitze sey, den Hordenschlag auf der Fluhr und dem Felde zu Esperstedt bis alt Michaelis zu haben, sich keinesweges ergiebet; noch auch ad 2), daß seinem Gute sothanes Recht zustehe, eine Gewisheit hervorbringet, gestalten ad 3) aus den Acten nirgends zu ersehen, daß Leuterant gedachtes Leukardische Gut käuflich an sich gebracht; Leuteraten auch solches dadurch, daß sie fol. 15. act. sub lit. C. num. III. die Einrede, wie Leuteranten die Acten, welche von einem andern und dritten wider die Commun geführet seyn sollten, in dieser Sache kein Recht gäben, vorgeschützet, allerdings zugleich geleugnet, und sogar in der ersten Nummer der Einlassung fol 10 b. act. sub lit. C. num. 108, daß das zu Esperstedt gelegene Rittergut seine sey und zu selbigem die Schäferey mit gehöre, ebenfalls mit verneinet haben; und ob zwar von Leuterantem in dem art. 2. rot. sub ☉ fol. 71 b act. sub lit. C. num. III. der Umstand, daß sein Gut zu Esperstedt sonst der Gränzrath Leukart und dessen Erben besessen, mitgebracht worden, hiervon jedoch die Zeugen nichts ausgesagt haben; mithin alle die Folgen, welche Leuterant zu seinem Vortheil aus den mehrberegten rechtskräftigen Urtheln ziehen wollen, und derentwegen er ad 4) die Zeugenaussagen der Leuteraten für fruchtlos halten will, noch zur Zeit ganz unschlüßig sind, bevorab da diese Zeugen, nachdem der Schreibefehler, da man bey der Abschrift des Rotuls in dem art 18 Statt: neu Michael: aus Versehen: um Michael: geschrieben hat, fol. 96 act. sub lit. C. num. III. attestiret worden, allerdings

 den

den Umstand, daß die Gemeinde, die Horde den Besitzern des jetzo Rüdigerischen Freygutes neu Michael niederzulegen, sich seit 1. 2. 3. 4. 5. 10. 20. 30. und mehrern Jahren her in Besitz befinde, durch ihre eydliche Aussage bekräftigen, und hierdurch Leuterantens Zeugenaussage ad art. 7. und 10. rot. sub ☉ fol. 71. seqq. act. sub lit. C. num. III. entkräften; auch selbst des Leuterantens eigener und erste Zeuge ad art. 7. dieses Rotuls zu erkennen giebet, daß der Pachter Gebser die Horde auf neu Michaelis aus dem Felde, obgleich ein Stück, das er düngen wollen, noch nicht zugedünget gewesen, fahren lassen, und, da er, Zeuge, denselben deshalb gefraget, Gebser dieses, er sey kein streithafter Mann, auf neu Michael müsse die Horde aus dem Felde, er wolle mit der Gemeinde deshalb keinen Streit anfangen, zur Antwot gegeben habe; desgleichen der zweyte Zeuge bey eben diesem Artickel, daß er zwar bey dem Pachter Gebsern und Petern, nicht aber bey dem Amtsverwalter Rüdigern, dermaligen Leuteranten, bis alt Michaelis mit der Horde im Felde gelegen habe, durch seine Aussage begründet, und ob dieser zweyte Zeuge gleich den Umstand, daß der, nämlich Rüdiger, nichts mehr um diese Zeit zu düngen gehabt habe, und daher die Horde lange vor alt Michaelis aus dem Felde fahren lassen, zur Ursache hinzufüget, dieses jedoch von keiner Erheblichkeit ist, theils, weil dem ungeachtet mit dieses Zeugens Aussage der Punct, daß Leuterant selbst den Hordenschlag bis alt Michael habe ausüben lassen, nicht dargethan wird, theils auch, weil Leuterant mit Fleiß die Düngung kann befördert haben, damit er des Hordenschlags wegen, wenn er die Düngung bis zu alt Michael verspätete, mit der Gemeinde keinen Verdruß bekäme; ferner ad 5) da es, obausgeführten Gründen nach, noch ungewiß ist, ob Leuterant das Recht oder Befugniß je gehabt hat, die Horde bis alt Michaelis stehen zu lassen, Leuterant auch darauf, daß dessen Verlust sich nicht vermuthen liesse, dermalen sich noch nicht berufen, und den Satz, daß das Petitorium das Possessorium aufhebe, noch zur Zeit, bey gegenwärtigem Streite, keinesweges mit Bestande Rechtens anführen und sich hierdurch von dem Unkostenersatz los machen kann, sondern vielmehr, wie im vorigen Urthel gar wohl erkannt worden, den Hordenschlag bis alt Michaelis jeden Jahres in Espersttedtischen Fluhr und Felde zu halten, in possessorio ordinario oder petitorio, gehörig an- und auszuführen hat; und da keines von beyden, weder in der Imploration fol. 1. act. sub lit. C. num. 108, noch in der Imploration fol. 1 act. sub lit. C. num. III. genau genug geschehen, ihm auch nach vorliegenden Umständen, wenn

er

er aufs neue eine ordentliche Petitorienklage wider Imploraten übergäbe, am zuträglichsten seyn dürfte; indessen da er auch durch die eingewandte Leuterung Imploraten vergebliche Unkosten verursachet hat, von deren Erstattung nicht frey seyn mag: So ist d. w. i. U. e. b. e. w.

LII.

Von dem Visitationsrechte, insonderheit bey Wirthshäusern.

§. 1.

Das Visitationsrecht (ius visitandi) ist ein Befugniß in den Ort des Aufenthalts gewisser Personen sich zu begeben, um daselbst zu untersuchen, ob und was für Gebrechen und Mängel bey denselben, in Ansehung ihrer obhabenden Pflichten, oder sonst vorhanden sind, und wie demselben abzuhelfen seyn möchte. Die Unternehmung selbst, da dieses Recht ausgeübet wird, heist **die Visitation.**

§. 2.

Das Visitationsrecht stehet in Teutschland jedem Landesherren vermöge der Landeshoheit über sein Land zu. Denn Kraft der Landeshoheit ist er verbunden und befugt, alles dasjenige, wodurch das Beste seines Landes befördert wird, zu unternehmen, und alles dasjenige, wodurch selbigem geschadet werden möchte, zu verhindern. Zu Erreichung dieses gedoppelten Endzweckes kann er dahero nicht nur in seinem ganzen Lande, sondern auch an besondern einzelnen Orten seines Landes entweder selbst, oder, welches am gewöhnlichsten, durch andere eine Visitation ausüben c).

§. 3.

Unter diejenigen Oerter, welche insonderheit zu Wezlar einer Visitation bedürfen, gehören fürnemlich auch die Wirthshäuser. Denn es bedürfen selbige darinne, daß der Wirth keine verdächtige Personen bey sich aufnehme, seine Gäste nicht bevortheile, das Getränke nicht verfälsche und den Leuten unrichtiges Maas gebe, besonders eine gute Aufsicht.

c) von Seckendorf in teutschem Fürstenstaat, IIter Theil 10. Cap. §. 12. AHAS. FRITSCHII tractatio *de visitationibus provincialibus utiliter instituendis*, von Landvisitationen. rec. Halae 1750. 4.

Zu dem Ende müssen nun auch die Wirthe die Visitation sich gefallen lassen d).

§. 4.

Hierbey entstehet nun aber die Frage: wem das Recht, das Wirthshaus zu visitiren, zustehet? Ich nehme die Antwort aus dem obigen (§. 2.), nämlich das Recht stehet dem Landesherren zu, oder demjenigen, welchem er solches verwilliget hat. Dieses pflegt nun in Städten, der Stadtobrigkeit, und auf Dörfern dem Gerichtsherren, entweder ausdrücklich oder stillschweigend überlassen zu seyn, weil der Landesherr nicht selten der Stadtobrigkeit oder dem Gerichtsherren, das Recht Wirthshäuser oder Schenken zum Besten der Stadt oder des Dorfes zu errichten, verstattet e). Wie man denn oftermahlen findet, daß die Adelichen bey ihren Lehngütern zugleich mit dem Schenkrechte und dem Rechte, eine Schenkstätte zu haben, beliehen werden f). In welchem Fall denn nun auch diesen Unterobrigkeiten das Recht, die Wirthshäuser und Schenken zu visitiren, zugleich für verwilliget zu halten ist, masen sie alsdenn dabey ein eigenes besonderes Interesse haben, daß die Wirthshäuser und Schenken von dem Wirthe gehörig verwaltet werden, und der Landesherr sie deshalb selbst in Verantwortung ziehen würde, wenn sie dabey eine Ungerechtigkeit zu Schulden kommen liessen.

Rechtsfall.

Der Hofrath K** besitzet das Rittergut Schw**, wozu ein Wirthshaus mit der Brau- Schänk- und Gasthaltungsgerechtigkeit gehöret. Im Jahr 1752 verkauft er davon dieses Wirthshaus nebst gedachten Gerechtigkeiten an E** mit Lehnsherrlicher Einwilligung und Bestätigung, als ein wahres Erbzinßguth, sonst emphyteusis genannt. Als dieses geschehen, stirbt E**, welcher das erkaufte Wirthshaus seiner Wittbe hinterläßt, die es nachhero ihrem zweyten Ehemann R** zubringet.

d) Estor in der teutschen Rechtsgelahrheit, IIIter Theil §. 511. S. 405.

e) LEYSER *in iure geor. lib.* III. *tit.* 19. §. 28. ENGAV in *iure germ. lib.* 1. §. 272. CHRIST. LVD. SCHEID *de cauponarum origine et iure et magistratuum in iis condendis cura.* Goett. 1739. IDEM *de iure erigendi cauponas et hospitia publica tam in genere quam in specie in terris brunsuic. luneb.* ib. eod.

f) KNICHEN *de inuestiturarum pactionibus, par.* 2. *cap.* 4. *num.* 106. *seq.* HERT *de superioritate territoriali.* §. 18.

bringet. Nachdem diese beyden selbiges eine Zeitlang besessen und solches verpachtet gehabt, verkauft der Hofrath K** das Rittergut selbst an den Herrn von D**. Dieser nimmt wahr, daß sich R** und dessen Eheweib um das Wirthshaus wenig bekümmern, und ihren Pachter damit schalten und walten lassen, wie es ihm nur beliebet. Der Herr von D**, dem diese üble Wirthschaft nicht länger anstehet, trägt, da die gütlichen Vorstellungen und Warnungen nichts helfen wollen, dem Schuldheiß Commißion auf, mit Zuziehung eines Gerichtsmanns zu Zeiten das Geträuk des Wirthes einzusehen und zu kosten, damit weder ihm noch den Unterthanen aus der üblen Verwaltung des Wirthshauses ein Schade entstehe. Der Pachter, welchem dieses, weil er nicht wie bisher seinen Unterschleif mehr machen kann, ungelegen ist, äusert deshalb gegen seinen Verpachter, dem R** und dessen Eheweib, daß, wofern diese Visitationen weiter geschehen, er das Wirthshaus nicht bis zu geendigter Pachtzeit in Pacht behielte. Dieses treibt den R** und dessen Eheweib an, wider den Herrn von D** die Negatorienklage wegen dieser Visitation des Wirthshauses anzustellen. Sie berufen sich in dieser Klage auf den Besitz der Freyheit von dieser Visitation, weil dergleichen der vorige Gutsbesitzer nie ausgeübet hätte, überdem auch solche Visitationen unter die landesherrlichen Rechte gehörten, und den Vogteyen, welche Beklagter bey seinem Rittergut nur hätte, nicht zustünden.

Allein sie erhalten, nach geschehener Antwort des Beklagtens, die Resolution: daß Klägers Suchen nicht Statt hat, er könnte und wollte denn diefals seine Immunität und Exemtion, mit Vorbehalt Beklagtens Gegenbeweiß, besser, als geschehen, erweisen; so ergehet ferner was sich zu Recht gebühret.

Kläger supplicirte wider diese Resolution. Man schickte die Acten hierher. Allein es wurde selbige im Junius 1769 folgendergestalt bestätiget:

Urthel

Auf eingewandte Supplication, deren Prosecution, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen, Actorn Vormunds C. R** gebohrnen R**, Klägers und Supplicantens an einem, Anwalds des Generalfeldmarschal-Lieutenants, Herrn C. R. Freyherrns von D** Beklagtens und Supplicatens am andern Theil, so uns in den disfalls ergan-

ergangenen Acten zugeschicket, und darüber unsere rechtliche Meinung verlanget worden, sprechen wir vor Recht:

Daß es, der eingewandten Supplication ungehindert, bey der am 11ten August 1766, ertheilten und *fol. act. 18.* befindlichen Resolution billig verbleibet. Es ist auch Supplicant die Unkosten des verzögerten Processes Supplicaten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Supplicant vermeinet, daß seine Constituentin so lange, bis Supplicat das Recht, die qu. Wirtschaft und das Wirthshauß zu visitiren, rechtlicher Art nach, dargethan, in dem Besitze der Freyheit hätte geschützet, also auch dahin die Resolution, fol. act. 18. ertheilet werden sollen, und weil solches nicht geschehen, hierdurch beschwert zu seyn glaubet; sowohl zu Begründung dieser seiner Beschwerde anführet, 1) daß er auf den Besitz der Freyheit von sothaner Visitation des Wirthshauses in seiner Klage, fol. act. 2. sich gegründet, und 2) Supplicat ihm diesen Besitz der Freyheit in dem Schreiben fol. act. 4. von Zeit des geschehenen Verkaufs des Wirthshauses an, bis auf die neuerlich attentirte Visitation selbst, zugestanden hätte; diese Visitation aber 3) aus der Erb- und Niedergerichtsbarkeit nicht zu folgern stünde, Theils, weil in der Gothaischen Landesordnung, part. 2. cap. 1. tit. 9. num 29 das unrichtige und falsche Gemäs und Gewichte zu den Ober- und Halsgerichten gerechnet würde, folgbar auch dessen Besichtigung dem Unterrichter nicht zukäme, Theils, weil das Visitationsrecht sowohl, als die Braugerechtigkeit von der Verwilligung des Landesherrn abhienge, und also kein anderer, als der selbiges entweder ausdrücklich, oder stillschweigend durch eine undenkliche Verjährung von ihm erlanget, auszuüben hätte; keines von beyden aber vom Supplicaten noch zur Zeit dargethan worden wäre; gestalten 4) besonders in dem gedruckten Anschlage über das adeliche Gut Schwickershausen kein Wort von dem Rechte, das qu. Wirthshaus zu visitiren, enthalten wäre; sowohl 5) in den Fränkisch-Hennebergischen Landen es, Inhalts der Landesordnung auf das Herbringen iedes Ortes, weil daselbst die Gerichtsbarkeit unterschiedlich wäre, ankäme; dieses Herbringen aber derjenige, so sich darauf bezöge, erweisen müßte; auch 6) bey dem dasigen grosen Gemäße, und da nur 52. Schenkmaas auf einen Eymer giengen, Hopfen und Gersten

Gersten aber theuer wäre, solches Bier zu brauen, wie Supplicat nur zum Verdruß und Verderben des Supplicantens verlangte, nicht möglich wäre; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. das qu. Wirthshaus, Supplicantens eigenem Anführen nach, zu dem Gute Schwickershausen gehöret, und mittelst eines von dem ehemaligen Gutsbesitzern, dem Hofrath K**, an E** geschehenen Verkaufs, diesem, besage §. 1. des Vererbungscontractes, fol. act. 7. sqq. als ein den Söhnen und Töchtern lehnbaren castro zu Schwickershausen, in der Eigenschaft eines wahren Erbzinsgutes, zu Lehn gehendes und daher zu recognoscirendes Erbgut, nach Eigenschaft eines praedii emphiteutici, überlassen worden, nach des E** Tode aber auf dessen nachgelassene Witbe, die jetzige Supplicantin, gekommen ist; solchemnach zwar das dominium utile auf Supplicatin übergegangen, das dominium directum aber über dieses Wirthshaus, nebst Präſtirung eines jährlichen canonis, sammt den vorbehaltenen übrigen Lehn-Erb- und Braugefällen, bey Verkäufern geblieben und nach der Zeit durch des Gutes Schwickershausen an Supplicaten geschehenen Verkauf auf diesen gebracht worden ist; einem dominio directo aber, vermöge seines Obereigenthums, das Befugnis zustehet, dahin zu sehen, daß der dominus vtilis die Sache weder verschlimmere, noch sonst anders, als sie ihm überlassen worden, gebrauche g); welches Befugnis in dem dermaligen Falle, da das Wirthshaus von einem Lehngute zum Erbzinsgute überlassen worden, um so weniger in Zweifel zu ziehen ist, als der Lehnmann dieserhalb, daß alles dasjenige, so zum Lehn gehöret, nicht verschlimmert werde, seinem Lehnherren bekannter Massen, selbst haften muß; mithin Supplicatem, das qu. Wirthshaus zuweilen, zumal wenn über die Wirthschaft Klage geführet wird, visitiren zu lassen, allerdings das Recht zustehet, bevorab da E** in dem §. 6 und 7. des Vererbungsbriefes, das Wirthshaus, nach aller Möglichkeit in gutes Aufnehmen zu bringen und darinne zu erhalten, sowohl die Wirthschaft und Gasthaltung, nach Vorschrift der Hochfürstl. Sachsen Ernestinischen Landesordnung, zu treiben, auch die Erbgerichte des Rittergutes nach wie vor zu agnosciren, Verkäufern, und nunmehro an dessen Stelle tretendem Supplicaten, sich ausdrücklich verbindlich gemacht

g) *l. 3. C. de iure emphyt.*

gemacht hat; mithin Supplicantin sowohl nach der Natur eines praedii emphiteutici, nach dessen Eigenschaft ihrem ersten Ehemann E**, wie obgedacht, das Wirthshaus überlassen worden, als auch nach dem Vererbungscontracte die Visitation des Wirthshauses von Supplicaten zu leiden schuldig ist; und also ad 1) ihr dieserhalb, bevor sie nicht die Immunität und Exemtion besser, als geschehen, darthut, kein Besitz der Freyheit zu Statten kommen mag, indem ad 2) Supplicat keinesweges den Besitz dieser Freyheit zugestanden, sondern nur dieses, daß seitdem um deswillen, weil über die Wirthschaft keine Klage geführet worden, das Wirthschaftshaus nicht visitiret worden sey, in dem Schreiben fol. act. 4. gedacht hat; sodann ad 3) die Visitation des Wirthshauses auch nicht in dem dermaligen Falle, wie oben dargethan worden, aus der Erb- und Niedergerichtsbarkeit hauptsächlich gefolgert wird, und die angezogene Landesordnung hier nicht angewendet werden mag, gestalten dieselbe an dem angeführten Orte nur von den Arten der Mishandlungen redet, welche in so fern sie zu bestrafen sind, zu dem Ober- und Halsgerichte gehören; hiernächst daraus, daß das Recht zu brauen von der Verwilligung des Landesherrn abhänge, die Nothwendigkeit einer landesherrlichen Verwilligung zur Visitation sich nicht folgern läßt; ferner ad 4) des Visitationsrechtes in dem Anschlage besonders zu erwähnen, obausgeführten Gründen nach, nicht nöthig gewesen ist: so wenig ad 5) es in dem dermaligen Falle eines besondern Herkommens bedarf, und es an jedem Orte schon jedem Erb- Lehn- und Gerichtsherrn oblieget, dahin zu sehen, daß den landesherrlichen Verordnungen nicht entgegen gehandelt werde; folgbar auch Supplicat ad 6) die Supplicantin von der Verbindlichkeit, tüchtiges Bier zu brauen, um so weniger befreyen mag, da hierunter zugleich die Rechte eines Lehnherens versiren, indem, wie von Supplicaten angeführt wird, nach Inhalt der dasigen Dorfordnung, kein Nachbar, wenn in dem adlichen Schlosse oder Wirthshause guter Trank zu haben, befugt ist, gegen die dem Ritterguthe zuständige Brau- und Schänkungsgerechtigkeit, fremdes Getränke einzuführen, auszuzapfen, oder auch Brandtewein zu schänken, dergleichen aber durch untüchtiges Bier des Wirthshauses gar leichte entstehen und hierdurch die Rechte des Ritterguthes geschmälert werden dürften; sonst aber, wenn ein Misbrauch bey der Visitation vorgehen sollte, der Supplicantin, sich desfalls höhern Ortes alsdann zu beschweren, unbenommen bleibet: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LIII.

LIII.

Von den Wachdiensten der Unterthanen.

§. 1.

Wachdienste (excubiae) sind diejenigen körperlichen Dienste, da man, ohne zu schlafen, auf etwas Acht hat. Diese werden so verschiedentlich benennt, als nur der Gegenstand verschieden ist, derentwegen man selbige unternimmt. Wie man sie denn auch von der Zeit, in die Tagewache und Nachtwache (vigiliae) einzutheilen pfleget.

§. 2.

Eine Art der Wachdienste ist auch die Bewachung (custodia), da man aus der Absicht wachet, daß etwas weder eine Beschädigung leide, noch von seinem Orte komme. Welches nicht nur Sachen und Vieh, sondern auch Menschen betreffen kann. Daher kommt, zum Exempel, die Bewachung der Feldfrüchte, des Wildes und der Gefangenen.

§. 3.

Die Wachdienste kann jemand nicht nur seines eigenen Bestens willen, sondern auch zum Vortheil Anderer unternehmen. Soll das letzte aus einem Zwangsrechte geschehen, so muß darzu entweder ein Gesetz, es sey ein geschriebenes oder nicht geschriebenes, als ein Gewohnheitsrecht, oder ein Vertrag, es sey ein eigentlicher oder uneigentlicher, dergleichen durch die einer rechtskräftigen Sentenz zum vorausgehenden Einlassung auf eine Klage hervorgebracht wird, vorhanden seyn.

§. 4.

Unmittelbar durch Verordnung der Gesetze pflegt den Unterthanen, wegen ihrer Unterthanen Pflicht, nach welcher sie das Beste des Landes zu befördern, und den Schaden davon abzuwenden vollkommen verbunden sind, von ihrem Landesherren nicht nur in Nothfällen, als zu Kriegeszeiten, und andern ausserordentlichen Begebenheiten, als bey Trauer- und Freudenfällen, so die Landesherrschaft angehen, sondern auch ausserdem, die Leistung der Wachdienste zur Sicherheit des Landes auferlegt zu werden. So müssen die Bürger einer Stadt, wenn diese entweder mit gar keiner oder mit keiner hinlänglichen Besatzung versehen, so wohl zu Frie-

dens als Kriegeszeiten die Wachdienste nicht nur in den Thoren, sondern auch auf den Strassen, besonders bey Feuersbrünsten, überhandnehmenden Diebereien und sich einschleichenden Mordbrennern übernehmen und auch die eingezogenen Gefangenen bewachen, wenn selbige wegen ihrer Menge nicht alle durch die verpflichteten Gerichtsdiener oder Soldatenwache in Aufsicht genommen werden können.

§. 5.

So muß gleichergestalt sich jede Dorfschaft selbst bewachen. Daher kommt hin und wieder auf den Dörfern die Gewohnheit, daß demjenigen, den die Wachtordnung trift, der Wachtspieß und das Horn ins Haus geschickt wird, daß er damit eine Zeitlang das Dorf bewache. Ferner rührt daher die Gewohnheit, daß die Gerichtsunterthanen, schon an und vor sich selbst als Gerichtsunterthanen, für verbunden geachtet werden, diejenigen, so eines Verbrechens wegen in Verdacht gerathen, zur gefänglichen Haft zu bringen, und, daß die Bewachung eines solchen Arrestantens an den Orten, wo kein sicheres Gefängniß ist, allezeit als eine Folge der Arretirung angesehen wird. Nicht weniger ist jene den Dorfschaften obliegende Selbstbewachung die Ursache, weshalb den Bauren durch Landesgesetze pflegt anbefohlen zu seyn h), daß sie bey unsichern Zeiten, als zu Kriegs- und Pestzeit, oder bey andern Gefährlichkeiten, als bey verspürten Diebes- und Räuberrotten, ingleichen Bettlern, Landstreichern und Diebesgesindel, Brandbeschädigern, Bevehdern und herumschweifenden abgedankten Soldaten, über ihre gesetzten Dienste, die Rittersitze der Gerichtsherren bewachen müssen, damit die Verwaltung der Gerichte auf dem Lande, zu der Bauren eigenen Vortheil, durch solche unruhige Zeitläufte nicht gehemmet werde. Hieher gehört insbesondere das so genannte Hof- oder Pflasterwachen, oder nächtliche Bewachen des Rittersitzes, aussen um denselben, bey Abwesenheit des Gerichtsherrns. Daraus denn aber zugleich folget, daß, wenn die Gefahr, welche die Leistung der Wachdienste nothwendig gemacht, aufhört, auch alsdenn die Wachdienste selbst aufgehoben werden müssen.

§. 6.

Hingegen ist zu den Wachdiensten weder ein Gesetz noch rechtsverwährte Gewohnheit vorhanden, so darf ein Gerichtsherr oder Unterobrigkeit

h) Siehe z. E. die ein und funfzigste chursächsische Constitution im zweyten Theil; ingleichen die Gothaische Landesordnung, *part. 2. cap. 2. tit.* 15. und auf eben die Mase in der Altenburgischen Landesordnung *part. 2. cap. 2. tit.* 15.

keit selbige vor sich ohne landesherrliche Erlaubniß den Unterthanen, wofern er darinne keinen erweislichen Vertrag, dergleichen die Erbregister in sich zu enthalten pflegen, oder eine wahre rechtskräftige Sentenz vor sich hat (§. 3.), keinesweges aufbürden i). Es sind aber auch dergleichen hergebrachte Wachdienste, weil sie die natürliche Freyheit einschränkten und die Unterthanen überdem mit Realbürden beschweret sind, besonders auch der Bauer die Frohnen zu leisten hat, eingeschränkt auszulegen. Sie dürfen dahero weder an sich vergrössert, noch die eine Art mit einer andern Art vermehret, noch an andere Personen angewiesen, noch auf andere Oerter verleget werden. So können, z. E. die Sechswochen Wachen, wenn die Gerichtsfrau in Kindbette liegt, weder über die sechs Wochen, so lange das Kind gewieget werden muß, ausgedehnet, noch vielweniger auf die Bewachung des Gerichtsherrns Sohnes Frau, wenn diese ihre Sechswochen hält, erstreckt werden k). Es stehet deshalb den Unterthanen die Negatorienklage zu.

Rechtliches Gutachten

nach J** in Februar des 1773sten Jahres.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung, nebst dreyen Fragen z. u. d. u. R. B. g. w. d. f. w. v. R.

Hat der Brückenhof zu Jena in dem Dorfe und Fluhr zu Jenalöbniß die Ober und Niedergerichte über Hals und Hand, peinliche und bürgerliche, wie sich solches zutragen möchte. Werden nun auch von dem Stadtrathe zu Jena, welcher Innhaber der Brückenhofsgerichte ist, die Brückenhofs Gerichtsuntersassen auf das Rathhaus zu Jena vorgeladen, und deren Rechtshändel, so wohl in bürgerlichen, als peinlichen Fällen, daselbst untersucht und entschieden. Hat sich nun neuerlich der Fall zugetragen, daß ohngefehr 8 oder 10 Arrestanten, worunter auch zwey Personen aus Jenalöbnitz gewesen, zugleich in den Jenaischen Stadt-

 raths-

i) *l. vn. C. ne operae a collator. exig. l.* 1. 2. *C. ne rustic. ad vll. obs. devoc.* die 51. churf. Constit. im *II.* Th. BEIER *de expensis execut. crim. cap.* 5. §. 4. und *cap.* 11. §. 9. SIXTINVS in tr. *de regal. lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 69. PACIANVS *de probat. lib.* 2. *cap.* 37. *num.* 51. CARPZOV *part.* 2. *const.* 51. *def.* 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 15.

k) BERGER *in oec. iur. lib.* 1. *tit.* 2. §. 8. *not.* 9. LEYSER *spec.* 14. *med.* 3.

rathsgefängnissen verwahret werden müssen, und deshalb der Stadtrath für nöthig erachtet, besagte Gemeinde Jenalöbnitz zu Bewachung ihrer nach Jena zu bringenden Arrestanten anzuhalten. Ist auch dieses, nach vorhergegangener unterthänigsten Berichtserstattung, höchsten Orts gnädigst genehmiget worden. Hat nun aber mehrerwähnte Gemeinde das eingelangte gnädigste Rescript von der Rechtskraft abzuhalten gesucht, und bey Hochfürstlich Sächsischer Obervormundschaftlicher Canzley zu Weimar wider den Jenaischen Stadtrath eine Negatorienklage eingereicht, und, daß selbigem, von ihr die Wachen bey den von Jenalöbnitz nach Jena zu bringenden Arrestanten in Zeit zu fordern, das Recht zustehe, geleugnet. Entstehen dahero folgende Fragen:

1) Ob die Jenalöbnitzer Gemeinde bey den Brückenhofsgerichten in dergleichen Criminalfällen, oder, wenn aus dem Jenalöbnitzer Gerichtsbezircke Arrestaten in des Jenaischen Stadtrathsgefängnisse nach Jena gebracht werden, solche bey dem Stadtrathe daselbst, als Innhaber der Brückenhofsgerichte, zu bewachen verbunden sey?

2) Ob die Jenalöbnitzer Gemeinde dergleichen Wachdienste wenigstens in den Fällen, wen der Jenaische Stadtrath mit sechs, acht oder mehrern Arrestaten zugleich belästiget ist, zu leisten schuldig sey?

3) Ob nicht die Gemeinde Jenalöbnitz, besonders in den Fällen, wenn die Jenalöbnitzer Arrestaten auf das Löberthor zu Jena, oder an einen solchen Ort daselbst gebracht werden, wo besondere Wächter dabey zu halten sind, zu dergleichen Wachdiensten verbunden sey?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, angeführet werden will 1) daß in den fürstlichen Aemtern und adelichen Gerichten es gewöhnlich sey, daß die Gerichtsunterthanen die in dem Gerichtsbezirke gefänglich eingezogene Maleficanten zu bewachen schuldig wären; sodann 2) daß, wenn man Einheimische oder Fremde in dem Jenalöbnitzer Dorfe oder Flur inhaftiret, und zuförderst, bis auf weitere Verfügung, in erwähntem Dorfe Jenalöbnitz gelassen hat, selbige nicht nur von den Nachbarn zu Jenalöbnitz jederzeit so lange, bis man sothane Arrestaten, auf Verfügung des Jenaischen Stadtrathes, als Gerichtsinnhabers, nach Jena gebracht,

gebracht, bewachet und in deren alleinige genaue Aufsicht genommen, sondern auch die zu Jenalöbnitz inhaftirten Personen nicht von den Gerichtsdienern des Jenaischen Stadtraths alleine, sondern zugleich unter Bewachung der aus der Gemeinde zu Jenalöbnitz abzuordnenden Mannschaft, so viel deren nöthig gewesen, jederzeit nach Jena in des dasigen Stadtraths Frohnfeste, oder andere dasige Gefängnisse des Stadtraths gebracht worden sind; mithin, daß die vorliegende Frage zu bejahen sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

Dennoch u. s. w. die Bewachung der Gefangenen eine Art der Dienstbarkeit ist, welche um so weniger bey Unterobrigkeiten zu vermuthen, als das Recht, solche von den Unterthanen zu erzwingen, zu den landesherrlichen Gerechtsamen gehöret, und dahero ohne Verwilligung des Landesfürstens, daß derselbe entweder durch ein Landesgesetz, oder durch eine den Gerichten besonders verliehene Macht, welche bey Verleihung der Gerichtsbarkeit mit selbiger als ein Gerechtsam verbunden worden, die Unterthanen damit beschweret hat, nicht ausgeübet werden darf, l); keine von beyden Arten der Verwilligung aber, wenn man den äussersten Nothfall ausnimmt, aus wohlgegründeten Ursachen, weil die Unterthanen ohnehin schon durch die Auflagen an Schoß, Steuren und andern öffentlichen Abgaben, auch zu leistenden Diensten genugsam belästiget sind, nicht zu geschehen pfleget; wenigstens dergleichen weder in den gemeinen Rechten anzutreffen, noch von Quärenten dieserhalb ein besonderes Landesgesetz, oder ein dem Stadtrath hierinnen von dem Landesherrn ertheiltes Privilegium angezogen worden ist; vielmehr in den gemeinen Rechten ausdrücklich enthalten, daß die Bauren, welche die ihnen auferlegten Abgaben entrichteten, zu keinen andern Dienstleistungen gezogen werden sollten m); folgbar in dieser Sache es darauf ankömmt, ob die Gerichtsunterthanen zu Bewachung der Gefangenen freywillig, entweder durch einen Vertrag, oder durch eine rechtsverwährte Gewohnheit, sich ihrer Gerichtsobrigkeit verbindlich gemacht haben n); solche Verträge und Gewohnheiten aber, weil sie wider die natürliche Freyheit sind, und den

l) Klingner in Sammlungen zum Dorf und Baurenrechte, III. Theil, VI. Cap. §. 75. S. 462.

m) L. 1. C. [illegible] ad [illegible] obsequium devocentur.

n) CARPZOV in iurispr. for. part. 2. const. 51. def. 15. CHRIST. WILDVOGEL in diss. [illegible] de [illegible] delinquentium, cap. 3. [illegible] Klingner a. a. O. §. 73.

den Dorfseinwohnern eine grössere Last aufbürden, eingeschränckt, auszulegen, und nur unter denenjenigen, bey welchen selbige vorhanden, ein Recht und Verbindlichkeit zu wege bringen, keinesweges aber auf andere Personen und Oerter zu erstrecken sind o); dieserhalb nun auch ad 1) dasjenige, was bey fürstlichen Aemtern und adelichen Gerichten etwa hierinne gewöhnlich seyn sollte, Quärenten nicht zum Behuf dienen mag, sondern denselben nur die Gewohnheit, so wie sie ad 2) beschrieben worden, zu statten kommt, bevorab da Quärenten in ihrer Geschichtserzählung des Umstandes gedenken, daß wenn die Jenalöbnitzer die in ihrem Dorfe oder Flur eingezogenen Missethäter in die Gefängnisse des Stadtraths nach Jena gebracht, solche Arrestaten alsdann lediglich unter der Aufsicht des Gerichtsdieners gelassen worden, und, ungeachtet verschiedene Fälle in den ältern und neuern Zeiten sich ereignet, da dergleichen inhaftirte Personen in den Jenaischen Stadtrathsgefängnissen gesessen, dennoch niemalen die Nachbarn der Gemeinde Jenalöbnitz selbige daselbst bewacht hätten; und ob zwar dargegen angeführet werden will, daß man solche Arrestaten um deswillen, weil man nicht für nöthig befunden, einen, zwey oder mehrere Wächter dabey anzustellen, lediglich unter der Aufsicht des Gerichtsdieners gelassen, dennoch jene Unterlassung der aus der Gemeinde Jenalöbnitz zu nehmenden Wächter ihnen kein Recht geben mag: So sind wir dahero der rechtlichen Meinung, daß die Jenalöbnitzer Gemeinde bey den Brückenhofsgerichten in solchen Fällen, da aus dem Jenalöbnitzer Gerichtsbezirke Arrestaten in des Jenaischen Stadtraths Gefängnisse nach Jena gebracht werden, solche bey dem Stadtrathe daselbst, als Innhaber der Brückenhofsgerichte, zu bewachen nicht verbunden sey.

Obwohl, die zweyte Frage betreffend, es scheinen möchte, daß, wenn die Dorfseinwohner Jemandes seiner Gerichtsbarkeit unterwürfig sind, sie auch demselben, aus der ihnen obliegenden Unterthanenpflicht, zu Beförderung der gemeinen Sicherheit, dessen Gefangene, zumal alsdenn, wenn ihre Anzahl groß, daß selbige nicht alleine von den dazu ordentlicher Weise bestellten Personen in einer Aufsicht gehalten werden können, zu bewachen verbunden wären p); die Jenalöbnitzer Nach-

o) MEVIUS *part.* 2. *decis.* 185. *num.* 7. 8. STRYK *in iurispr. for. lib.* 1. *tit.* 2. §. 14. CARPZOV *in pract. rer. crim. qu.* 138. *num.* 72. *seq.*

p) KLOCK *de contribut. cap.* 2. *num.* 37. *seq.*

Nachbarn aber dem Stadtrathe zu Jena, als Innhabern der Brückenhofsgerichte, unterwürfig sind; und also, daß die Jenalöbnitzer dergleichen Wachdienste, wenigstens in den Fällen, wenn der Jenaische Stadtrath mit sechs, acht oder mehrern Arrestaten zugleich belästiget ist, zu leisten schuldig wären, dafür gehalten werden dörfte:

D. a. u. d. die blose Unterthanenpflicht, daß die Dorfseinwohner Jemandes seiner Gerichtsbarkeit unterwürfig sind, nur dieses, daß die Dorfseinwohner den Innhaber der Gerichte für ihren Gerichtsherrn zu erkennen, und dahero bey ihm Recht zu nehmen schuldig sind, keinesweges aber mit der Gerichtsbarkeit der Herrendienst verbunden ist q); vielweniger die Unterthanen deshalb mit den Pflichten, die dem Gerichtsherrn selbst obliegen, sich belästigen zu lassen pflichtig sind; es aber eines die Obergerichte besitzenden Gerichtsherrn eigene Obliegenheit ist, daß wenn er solche Gerichte haben will, er auch, wegen der dabey oft vorkommenden Einziehung der Gefangenen, für wohl verwahrte Gefängnisse und Bewachung der eingezogenen Gefangenen gehörige Sorge trage, und den dabey erforderlichen Aufwand, Kraft seines tragenden Amts, mit seinen eigenen Kosten bestreite, bevorab da er die mit diesen Gerichten verknüpfte Ehre und andere Vortheile zu geniesen hat r); solchemnach nun auch ein Gerichtsherr seinen Gerichtsunterthanen solche Wachdienste, zumal da ein Wächter wegen der Gefangenen, daß selbige nicht die Flucht ergreifen und davon springen, einer großen Verantwortung ausgesetzt ist, nicht aufbürden mag, vielweniger ihnen solches, bey Ermangelung eines Vertrages oder rechtsverwährten Gewohnheit, ohne Entrichtung eines Wachlohnes ansinnen kann s); hierzu nun auch kommt, daß wenn einem Gerichtsherren an mehrern Orten eine Gerichtsbarkeit zustehet, und die Missethäter nicht an einem Orte alleine zur Haft gebracht worden, sondern die Gefangenen sich durch die an andern Orten seiner Gerichtsbarkeit inhaftirten Personen vermehret haben, solche vergrößerte Anzahl der Gefangenen den Unterthanen des Orts, woselbst sie nicht eingezogen worden, keinesweges zur Last fallen darf; und also

q) RICHTER *decis.* 150. DENEKEN in Dorf- und Landrecht *part.* II. *cap.* 8. §. 57.

r) CARPZOV *in iurispr. for. part.* 2. *const.* 51. *def.* 15. und in dem Peinl. Sächs. Inquisitions- und Achtsproceß *tit.* 14. *art.* 2. §. 2. *not.* 4. de BOEHMER *in elem. iurispr. crim. sect.* 1. *cap.* 7. §. 162.

s) Klingner a. a. O. §. 73. 76.

also auch die Gefangenen, welche man nicht in dem Jenalöbnitzer Dorfe oder Flur in Verhaft gezogen hat, den Jenalöbnitzer Nachbarn nichts angehen: So sind wir der in Rechten gegründeten Meinung, daß die Jenalöbnitzer Gemeinde auch in den Fällen, da der Jenaische Stadtrath mit sechs, acht oder mehrern Arrestaten zugleich belästiget ist, dergleichen Wachdienste zu leisten nicht schuldig sey.

Endlich obwohl, in Ansehung der dritten Frage, zuweilen auf den Dörfern, wegen Mangel wohlverwahrter Gefängnisse, die Gefangenen in das Haus des Schulzens oder an einen andern Ort gebracht und alsdenn von den Bauren bewacht werden t); Quärenten auch angeführet, daß wenn man in dem Jenalöbnitzer Dorfe oder Flur Personen inhaftiret hat, selbige jederzeit von den Nachbarn daselbst bewachet und in deren alleinige genaue Aufsicht genommen worden sind; ihnen auch dieses, wenn sie die Bewachung ihrer Gefangenen zu Jena in des Stadtraths Gefängnissen vornehmen, mehr zum Vortheil, weil sie alsdenn kein eigenes Gefängniß auf ihrem Dorfe zu halten brauchen, als zur Beschwerde zu gereichen scheinet; mithin daß diese dritte Frage zu bejahen sey, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. m. d. dieses, daß die Bauren zuweilen auf den Dörfern, wegen Mangel wohlverwahrter Gefängnisse, die Gefangenen bey dem Schulzen oder an einem andern Orte bewachen, ordentlicher Weise, woferne nicht ein anderes durch Gesetze, Verträge oder Gewohnheit eingeführet worden, nur einstweilen so lange, bis der Gerichtsherr die Gefangenen in sein Gefängniß abholen läßt, zu geschehen pfleget; und Quärenten selbst in der Geschichtserzählung gedacht haben, daß, wenn Einheimische oder Fremde in dem Jenalöbnitzer Dorfe oder Flur inhaftiret worden, selbige die Nachbarn daselbst nur so lange, bis sothane Arrestaten, auf Verfügung des Jenaischen Stadtrathes, als Gerichtsinnhabers, nach Jena gebracht worden, jederzeit bewacht und in ihre alleinige Aufsicht genommen hätten; dermalen aber von einer solchen Bewachung der Gefangenen, welche so lange, bis man selbige wegen ihres Verbrechens gehörig bestraft hat, und also deren Bewachung gänzlich aufhöret, die Rede ist; eine solche aber sehr lange währen kann, und den Unterthanen, welche nur in ihrem Dorfe einstweilen die Bewachung

t) CARPZOV *in prakt. rer. crim. part. 3. qu. III. num. 53.*

wachung vorzunehmen verbunden sind, selbige anderwärts zu verrichten, nicht angemuthet werden darf u); ihnen dieses auch allerdings wegen des Hin- und Hergehens, wenn sie zu Hause ihre Verrichtungen in Haus- und Feldarbeiten abwarten wollen, zu größerer Beschwerde gereichet, als wenn sie in ihrem Dorfe nur auf eine kurze Zeit den Wachdienst verrichten: So sind wir der rechtlichen Dafürhaltens, daß die Gemeinde Jenalöbnitz besonders in den Fällen, wenn die Jenalöbnitzer Arrestaten auf das Löberthor zu Jena, oder an einen solchen Ort daselbst gebracht werden, wo besondere Wächter dabey gehalten werden müssen, zu dergleichen Wachdiensten nicht verbunden sey. V. R. W.

LIIII.

Rechtliches Gutachten

nach J** im Februar 1773.

Von einer der Wachdienste halber in keine Rechtskraft getretenen Weisung, ungeachtet darwider kein Suspensivmittel ergriffen worden.

Als uns ein Stückgen Acten vom Jahr 1724 sub W mit der Rubrik: die von dem Brückenhofsdorfe Jenalöbnitz beschehene Verweigerung derer Wachdienste bey Gefangenen betreffend: nebst der Frage:

> Ob die Jenalöbnitzer Gemeinde, wegen der in obangezogenen Acten *fol.* 2. befindlichen Weisung, die von ihr neuerlich wiederum geforderten Wachdienste bey ihren in dem Jenalöbnitzer Dorfe oder Flur eingezogenen und in das Gefängniß des Stadtraths zu Jena gebrachten Missethätern in vorkommenden Fällen zu leisten schuldig?

zugeschickt, und darüber unsere R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Obwohl dem Jenalöbnitzer Richter, als Hanß Serbe und seine Schwägerin Anna Elisabetha, zu Jenalöbnitz, wegen Ehebruchs und

u) CARPZOV. *lib.* I. *resp.* 57. KLOCK *ad l.* I. *C. ne rustic. ad ullum obs. num.* I. *tom.* I. *cons.* 28. *num.* 182. BRUNNEM.

Blutschande inhaftiret und nach Jena ins Gefängniß gebracht worden, von dem dasigen Stadtrathe, als Innhabern der Brückenhofsgerichte, fol. act. 1. die Bedeutung geschehen ist, daß die Jenalöbnitzer Unterthanen den Gerichten mit der Folge und Wachtdiensten in dergleichen Criminalfällen an Handen zu gehen, verbunden wären, und er selbiges der Gemeinde seines Ortes ankündigen sollte, damit sie zu Leistung solcher Wachdienste sich bequemen und zu Ergreifung zuläßiger Zwangsmittel nicht Anlaß geben möchten; hierauf nun auch drey Abgeordnete von der Gemeinde Löbnitz erschienen sind, und als sie, daß ihre Gemeinde sich zu keinen Wachdiensten verstehen wollte, vorgebracht, der Rath ihnen darauf sogleich folgende Weisung:

> Daß die Gemeinde die Wachdienste bey den jetzigen zwey Gefangenen, Hanß Serben und seiner Schwägerin allhier, als ordentlichen Gerichtsstelle, täglich mit 4 Mann verrichten, oder dafür die gewöhnlichen Wachgelder erlegen sollen, damit die Obrigkeit vor der Gefangenen Verwahrung sorgen könne.

ertheilet, und die Abgeordneten, daß sie es der Gemeinde hinterbringen wollten, sich erkläret haben; sodann nicht zu befinden ist, daß veregte Gemeinde etwas darwider eingewendet habe; mithin, daß diese Weisung in ihre Rechtskraft getreten und also die Gemeinde, wegen dieser rechtskräftig gewordenen Weisung, in andern auch neuerer Zeiten vorkommenden ähnlichen Fällen sothane Wachdienste zu leisten verbunden wäre, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. bey der dem Jenalöbnitzer Richter vom Stadtrathe geschehenen Bedeutung, daß nämlich die Jenalöbnitzer Unterthanen den Gerichten mit der Folge und Wachdiensten in dergleichen Criminalfällen an Handen zu gehen verbunden wären, kein Grund, warum ihnen solches zu thun obliege, angeführet worden; dieses aber, weil des Stadtraths eigenes Interesse darunter obgewaltet, um so nöthiger gewesen, als die Gemeinde nicht in ihrem Dorfe, sondern zu Jena die Wachdienste verrichten sollen; sodann, daß die drey Abgeordneten, Namens der Gemeinde ihre Erklärung zu thun, sich gehörig legitimiret hätten, aus den Acten nicht erhellet; selbige auch zu der ihnen angesonnenen Verbindlichkeit sich nicht verstanden, sondern vielmehr dieses, daß die Gemeinde, weil sie niemals gehöret, daß sie dergleichen zu thun schuldig wären, und die Obrigkeit, wie es vor Alters hierinne gehalten worden und

und die Acten ausweisen, wissen müste, sich zu keinen Wachdiensten verstehen wollte, ausdrücklich zu erkennen gegeben haben; folgbar diese Sache erst gehörig zu untersuchen war, bevor die in den Zweifelsgründen angezogene und fol. act. 2. befindliche Weisung mit Bestande Rechtens ertheilet werden konnte, indem dergleichen Decrete, welche ohne gnügliche Untersuchung und daß man den intereßirten Theil erst mit seiner rechtlichen Nothdurft sattsam gehöret, ertheilet worden, in keine Rechtskraft übergehen x); selbiges auch in dermaligem Falle um so weniger einem Zweifel unterworfen ist, weil der Stadtrath die Weisung in seiner eigenen Sache und noch darzu wider eine Gemeinde, welcher bekannter Masen die Rechte der Minderjährigen zustehen, ertheilet hat; solchemnach diese Weisung, wenn auch die Gemeinde nichts darwider eingewendet haben sollte, keine Rechtskraft beschreiten mögen, sondern allen Falls das der Gemeinde geschehene Ansinnen, die mehrerwehnten Wachdienste zu leisten, dieses fruchten würde, daß, wenn die Gemeinde darauf solche Wachdienste zu wiederhohlten malen unweigerlich geleistet, und seitdem eine Zeit von 31 Jahren, 6 Wochen und drey Tagen verstrichen, der Stadtrath alsdenn das Recht, solche Wachdienste fernerhin fordern zu können, sich durch die Verjährung erworben hätte y). So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die Jenalöbnitzer Gemeinde, wegen der in den obangezogenen Acten *fol. 2.* befindlichen Weisung, die von ihr neuerlich wiederum geforderten Wachdienste bey ihren in dem Jenalöbnitzer Dorfe oder Flur eingezogenen und in das Gefängniß des Stadtraths zu Jena gebrachten Missethätern in vorkommenden Fällen zu leisten nicht schuldig sey. V. R. W.

 LV.

x) BOEHMER *in iure eccl. lib. 2. tit.* 27. §. 2. SCHAUMBURG *in princ. prax. iurid. lib. 1. sect. 2. cap. 1. §. 5. not.* *** SEYFART im teutschen Reichsproceß *cap. 23. §. 1. not. a).*

y) CARPZOV. *part. 2. const. 4. def. 1.* DENEKEN. in Dorf- und Landrecht *part. 2. cap. 8. §. 55.*

LV.

Das Versprechen, welches man nicht auf sich selbst gerichtet, oder wegen einer ungerechten Ursache gethan hat, ist unverbindlich. Dieses wird auf ein kraftloses Constitutum, besonders in Ansehung der zu bezahlen versprochenen Wachkosten angewendet.

§. 1.

Wenn der Angeber eines Verbrechens (delator), den Missethäter auf seine Gefahr in Verhaft zu bringen, und wider selbigen die Untersuchung zu verhängen, bey den Gerichten verlanget, oder die Kosten zu bezahlen freywillig und ausdrücklich verspricht, so ist kein Zweifel, daß er alsdenn zu Entrichtung dieser Kosten und insbesondere nun auch zu Bezahlung der Wachkosten verbunden sey, woferne solche nicht von dem Verbrecher selbst erstattet werden müssen und können z).

§. 2.

Ganz anders verhält sich es aber, wenn jemand das Versprechen in Ansehung der zu bezahlenden Wachkosten, nicht auf sich selbst gerichtet, oder selbiges wegen einer ungerechten Ursache gethan haben sollte. Ein Versprechen nicht auf sich selbst richten (de se non promittere) heist eben so viel, als etwas in der Maße versprechen, daß man dabey weder ausdrücklich noch stillschweigend, selbiges entweder unmittelbar selbst, oder durch eine gewisse andere Person zu erfüllen, sich verbindlich macht. Ein solches nicht auf sich selbst gerichtetes Versprechen ist, weil man sich dadurch auf keine Weise verbindlich machen wollen, von keiner Gültigkeit, obgleich der Andere solches angenommen haben sollte a).

§. 3.

Dahero wenn jemand, ohne darum angesprochen zu seyn, auf unpersönliche Art etwas zugesaget hat, so ist dieses Versprechen unverbindlich.

z) CARPZOV in *pract. rer. crim. quaest.* 138. *num.* 62. MEISTER *princ. iur. crim. sect.* 3. *cap. vlt*, §. 7. *in Schol.* BEYER *de expens. crim. cap.* 6. MEISLER in diss. *de exp. crim. in proc. inquis.* §. 17. Hal. 1769.

a) *l.* 83. *pr. D. de verbor. oblig.*

bindlich b). So nun auch, wenn jemand die That eines gewissen andern Menschens versprochen, daß nämlich von diesem etwas geschehen, oder nicht geschehen soll, so ist diese That entweder eine solche, die der Promittent selbst zu leisten gehabt, oder nicht. Im ersten Fall muß er dafür haften, weil er nicht so wohl eine fremde That, als vielmehr seine eigene That durch einen Fremden zu erfüllen sich anheischig gemacht hat. Wie wir dergleichen, zum Exempel, bey traßirten Wechseln wahrnehmen, da der Traßant durch den Traßaten den Wechsel zu bezahlen verspricht.

§. 4.

Im zweyten Fall aber, da nämlich der Promittent des Andern That nicht zu leisten gehabt (§. 3), ist dieser Andere, dessen That versprochen worden, entweder ein solcher, bey welchem die Erfüllung der That von des Promittentens Willen und Befehl abhänget, wie, zum Exempel, bey Knechten und unter väterlicher Gewalt stehenden Kindern, oder nicht. Ist das erste, so muß er auch allen Fleiß anwenden, daß die That von dem Andern erfüllt werde c), weil er nicht nur über dessen Handlungen disponiren kann, sondern solches auch wegen seines Versprechens thun muß d). Hingegen ist das zweyte, so wird der Promittent, wenn er dabey nicht selbst etwas zu leisten sich anheischig gemacht, durch sein Versprechen nicht verbindlich e), weil er über des Andern Handlungen nicht disponiren mögen, und also etwas unmögliches versprochen, welches der Acceptant selbst verstehen sollen. Wäre es aber, daß der Promittent dabey selbst etwas zu leisten sich anheischig gemacht, welches jedoch, weil niemand leichte für einen Andern sich eine Last aufbürdet, im zweifelhaftem Falle nicht zu vermuthen f), so wird er, weil er zugleich das Versprechen auf sich selbst gerichtet gehabt, dadurch verbunden. Dahin gehört, wenn er zu verschaffen g), oder dafür zu sorgen versprochen, daß von dem Andern etwas geschehe

b) *Nov.* 115. *cap.* 6. und die daraus gezogene *Auth. si quando C. de constit. pec.* Siehe auch meinen Tractat *de fidejussore plane non obligato.* §. 30. ingleichen *de fidejussore principaliter obligato.* §. 64. u. f.

c) GORDOAEVS *de contrah. et committ. stipul. cap.* 6. *num.* 189.

d) Siehe *l.* 24. §. 6. *D. de damno inf.*

e) §. 3. *I. de inutil. stipul. l.* 38. *pr. D. de verb. oblig.*

f) MEVIUS *part.* 6. *decis.* 406. *not.* 6.

g) §. 3. *I. de inutil. stipul.*

geschehen oder nicht geschehen solle h). Als in welchem Falle er allen Fleiß anzuwenden hat, daß von dem Andern dasjenige, was geschehen oder nicht geschehen soll, erfüllt werde. Kommt es nicht zu dieser Erfüllung, so hat der Promittent dabey entweder etwas verabsäumet, oder nicht, sondern er hat dabey sein mögliches gethan. Ist jenes, so muß er den Acceptanten wegen desjenigen, was diesem daran gelegen gewesen, daß von dem Andern das Zugesagte geschehen, oder nicht geschehen wäre, schadlos halten i). Ist hingegen dieses, so wird der Promittent von seiner Verbindlichkeit frey k), weil er alles gethan, was er hat thun können, und ihm also keine Schuld beygemessen werden kann. Ferner gehört hieher, wenn der Promittent auf den Fall, da der Andere etwas thun oder nicht thun würde, dem Acceptanten eine Conventionalstrafe zu entrichten, oder schadlos zu halten versprochen hat l). Hier muß der Promittent auf den sich ereignenden Fall dem Acceptanten dasjenige, was er selbigem alsdenn zu leisten versprochen hat, nothwendig entrichten, und kann er sich davon nicht befreyen, ob er gleich darthun wollte daß er alles, was nur immer menschmöglich gewesen, beobachtet hätte. Denn er hat hier auf den Fall, wenn sich solcher zutragen würde, sich selbst schlechterdings verbunden.

§. 5.

So geschahe es einstmalen, daß jemand, welcher einem Andern 100 Rthl. schuldig war, verstarb. Er hinterließ eine Witbe. Deren Vater versprach dem Gläubiger: er sollte um keinen Groschen kommen, sondern seine Tochter, die Witbe, sollte alles bezahlen, wenn sie auch keinen Heller von ihren Eingebrachten wegbringen würde. Die Witbe weigerte sich nachhero ihres verstorbenen Ehemannes Schuld von 100 Rthl. dem Gläubiger zu bezahlen. Dieser frug darauf an: ob er nicht ihren Vater wegen seines gedachten Versprechens *actione de constituta pecunia* belangen könnte? Es wurde ihm aber nach S[illegible] im März 1776 eine verneinende Antwort ertheilet. Denn es hatte hier der Vater das Versprechen nicht auf sich selbst gerichtet (§. 2.) sondern seine Tochter sollte alles bezahlen. Diese stand aber nicht mehr unter seiner väterlichen Gewalt. Dahero auch das Versprechen nicht einmal

als

h) *l. 83. pr. D. de verb. oblig.*

i) *l. 14. §. 2. D. de constit. pec.*

k) *l. 14. §. 2. D. de constit. pec.*

l) *§. 20. I. de inutil. stipul. l. 38. §. 21. D. de verbor. oblig.*

als ein solches, wodurch der Vater bey seiner Tochter die Befriedigung des Gläubigers zuwege zu bringen, oder selbst dabey etwas für seine Tochter zu leisten, sich anheischig gemacht hätte, angesehen werden durfte (§. 4). Man konnte es also für kein constitutum debiti alieni halten m). Es war auch das Versprechen um so unverbindlicher, als man nicht wahrnahm, daß der Gläubiger um seine Bezahlung den Vater gebethen (§. 3), oder sothanes freywillige Versprechen des Vaters angenommen gehabt hätte. Ein constitutum aber erfordert als ein Vertrag zu seinem Wesen nothwendig eine Acceptation. Und also wo diese ermangelt, da kann auch keine actio de constituta pecunia Statt finden n).

§. 6.

Erwägen wir nun auch ein wegen einer ungerechten Ursache geschehenes Versprechen (§. 4.), so bestehet dasselbe in demjenigen, welches dem Andern in einer solchen Sache geschehen, die er schon so ohne dem Versprechen zu thun, oder zu unterlassen, vollkommen verbunden gewesen o). Ein dergleichen Versprechen ist unverbindlich, und bringet, wenn dasselbe schon erfüllet worden, die condictionem ob iniustam caussam p), ausserdem aber die exceptionem doli seu in factum q) hervor. Denn wenn man wegen einer Sache schon klagen kann, so hat man auch die Freyheit sich deshalb mittelst einer Einrede wider seinen Gegner zu schützen r).

Rechtsfall.

Die Gemeinde zu B** ist, vermöge eines Reverses, die Delinquenten, wofern diese nicht selbst Vermögen haben, oder anderwärts ausgelöset werden, zu bewachen schuldig, ohne dafür etwas fordern zu können. Es gerieth ein Mensch wegen eines begangenen Diebstahls in Verdacht. Welches der Schultheiß und Gerichtsschöppe der Gemeinde zu K**, so mit vorhingedachter Gemeinde zu B** unter einerley Gerichtsherrn stehet, ihrer Obliegenheit nach, diesem anzeigen. Selbiges

m) l. 5. §. 4. D. de pec. constit.
n) l. 1. §. 4. D. de constit. pec.
o) l. 2. pr. §. 1. D. de cond. ob turp. vel iniust. caus.
p) l. 6. D. de cond. ob turp. vel iniust. caus.
q) l. 8. D. l. 5. D. de cond. ob turp. vel iniust. caus.
r) l. 1. §. 4. D. de superfic. ll. 156. §. 1. D. de reg. iur.

biges veranlasset denn auch die Gerichte, dem zuvor erwehnten Schuldheißen und Gerichtsschöppen der Gemeinde zu K** anzubefehlen, sich des verdächtigen Diebes durch den Gerichtsdiener mit Zuziehung einiger Mannschaft zu bemächtigen und selbigen aufmerksam zu bewachen. Bey der Arretirung geschiehet es, daß einige Personen von der andern Gemeinde zu B** vorhanden sind, welche der Gerichtsschuldheiß und Gerichtsschöppe. den verdächtigen Dieb in Verhaft zu nehmen und zu bewachen, mit folgenden Worten aufmuntern: nur stricto, allegro, puncto, last ihn ja nicht entwischen, und haltet gute Wacht, bey Verlust eures sämtlichen Vermögens, es soll und muß alles bezahlet werden.

Gedachte Gemeindpersonen zu B** und die übrigen von der Gemeinde bekommen dadurch Muth. Der verdächtige Dieb wird gehascher, und sie bewachen denselben fast ein und dreyviertel Jahr hindurch. Hierauf geschiehet es aber, daß der eingezogene verdächtige Dieb, nach ausgehaltener Realterrition, zwar freygesprochen, jedoch in die Bezahlung der verursachten Untersuchungskosten condemniret wird. Nun hat er aber nichts im Vermögen, wovon er diese Kosten bezahlen kann. Dahero stellt die obgedachte Gemeinde zu B** wider den gleichfalls mehrerwähnten Schuldheiß und Schöppen zu K**, aus obigen Versprechen die actionem de constituta pecunia an, und verlanget von selbigen für die Wachkosten, auf jeden Tag und Nacht 1 gr. 4 pf. gerechnet, eine Summe von 264 Rthl. nebst den Verzugszinsen und allen Proceßkosten.

Allein es wurde in einer eingehohlten Sentenz erkannt, daß ihre Klage nicht Statt habe. Wider dieses Erkänntniß wendete die klagende Gemeinde zu B** die Leuterung ein. Die Acten wurden an den hiesigen Schöppenstuhl geschickt. Allein dieser bestätigte im Monat Julius 1775. nach K** das vorige Urthel.

Es geschahe diese Confirmation aus folgenden Gründen. Erstlich, weil obige Worte, womit das Versprechen geschehen seyn sollte, ganz impersonel ausgedruckt waren, daß sie dahero die Beklagten, welche für die Wachkosten zu haften, vorhero nicht angesprochen waren, keinesweges verbinden konnten (§. 3.). Zweytens, weil die Worte, wenn sie auch mit einem persönlichen Versprechen, wie Klägere nachhero vorgaben, begleitet gewesen wären, daß nämlich Beklagte auch dabey die

Worte

Wärter: sie wollten die Wachkosten bezahlen, sie stünden dafür, gesprochen hätten, diese dennoch den Beklagten keine Verbindlichkeit auferlegen mögen. Denn es war dieses Versprechen wegen einer ungerechten Ursache geschehen, indem Klägere, wie in Eingange gedacht worden, die Delinquenten, und also auch den eingezogenen verdächtigen Dieb, ohne dafür etwas fordern zu können, zu bewachen schuldig gewesen, und also unrecht gehandelt, daß sie sich von Beklagten vor die Beobachtung ihrer Schuldigkeit etwas versprechen lassen. Weshalb ihnen denn die Beklagte mit Recht die exceptionem doli seu in factum entgegensetzten, und hiedurch die angestellte Klage entkräfteten (§. 6).

LVI.

Von dem Abzugsgelde, so dem abziehenden Pachter abgefordert wird.

§. 1.

Das Abzugsgeld (gabella seu census detractus) ist überhaupt eine ausserordentliche Steuer s), so diejenigen, welche Güter aus einem Orte in einen andern schaffen, der Obrigkeit jenes Ortes, vermöge eines dasigen besondern Gesetzes oder Gewohnheitsrechtes t), zu entrichten haben u). Und dieses entweder um deswillen, weil sie selbst an dem Orte bishero ihren stäten Wohnsitz gehabt und selbigen nunmehro mit Fortnehmung ihres bishero steuerbar gewesenen Vermögens freywillig verlassen x), oder weil sie nicht selbst, sondern ihr Erblasser an dem Orte bishero die steuerbaren Güter besessen, welche sie als auswärts wohnende von dort nach ihrer Heimath hin abholen wollen. Im ersten Fall wird es der Nachschoß, die Nachsteuer (census emigrationis) im zweyten Fall aber der Abschoß oder ins besonde-

s) HORN in *iurisprud. publ. cap.* 60. §. 15.

t) Reichsabschied von Jahr 1555. §. 24. BEYER in *spec. iur. germ. lib.* 1. *cap.* 20. §. 4. *seq.* HORN *class.* 2. *resp.* 20. *num.* 1. LYNCKER *resol.* 37. CARPZOV *part.* 3. *const.* 38. *def.* 19. BERGER in *oec. iur. lib.* 1. *tit.* 2. §. 18. *not.* 1. LEYSER *spec.* 216. *med.* 6.

u) FRITSCH in *addit. ad speculum Speidelii, lib.* 5. S. 620. u. f.

x) Reichsabschied vom Jahr 1555. §. 24. *Instrum. pac. Osnabr. art.* 5. §. 12. BERLICH *part.* 3. *concl.* 52. *num.* 13. *seq.* WERNHER *part.* 4. *obs.* 125.

besondere das Abzugsgeld genennet. Hier ist die Rede von dem Abzugsgelde, welches als eine Nachsteuer gefordert wird.

§. 2.

Wenn nun jemand an einem Orte, wo, vermöge eines besondern Gesetzes oder Gewohnheitsrechtes, das Abzugsgeld als eine Nachsteuer üblich ist, etwas, zum Exempel, ein Gut gepachtet hat, und er ziehet nachhero wiederum ab, daß er sich, nach geendigter Pachtzeit, an einen andern Ort mit seinem Vermögen hinbegiebet, so entstehet zuweilen die Frage: ob der abziehende Pachter der Obrigkeit des Ortes, welchen er nunmehro verläst und woselbst er bishero seinen Auffenthalt gehabt, von seinem Vermögen, welches er mit fortnehmen will, auch das Abzugsgeld zu entrichten verbunden sey? Ich bin der Meinung, daß man zu unterscheiden habe, ob der Pachter an dem Orte seinen beständigen Wohnsitz gehabt, oder nicht, sondern daß er sich nur während der Pachtzeit daselbst aufgehalten. Im ersten Falle muß er, gleich andern Unterthanen, welche sich mit ihren steuerbaren Vermögen von dem Orte wegwenden, davon die Nachsteuer entrichten y).

§. 3.

Im zweyten Falle hingegen, wenn nämlich der Pachter an dem Orte, welchen er verläst, nicht seinen beständigen Wohnsitz gehabt, sondern sich nur wegen des Pachtes während der Pachtzeit daselbst aufgehalten hat (§. 2.), ist zu erwägen, ob zugleich an dem Orte ein besonderes Gesetz oder Gewohnheitsrecht vorhanden, nach welchen auch diejenigen, so sich nur aus einer auf eine Zeitlang währenden Ursache daselbst aufhalten, wegen ihres Gewerbes jährlich eine Nahrungssteuer zu entrichten verbunden sind, oder nicht. Wäre jenes, und daß also auch dergleichen Nahrungssteuer von einem zeitlichen Pachter erhoben würde z), so dürfte sich auch der Pachter des Abzugsgeldes als einer Nachsteuer von dem daselbst erworbenen Vermögen nicht zu entziehen haben. Denn ob er gleich das Vermögen durch seinen Fleiß und Arbeit erlanget hat, so ist dieses jedoch vermittelst des unter der Obrigkeit gehabten Schutzes geschehen, welchen er, ausser der bishero dafür entrichte-

y) LEYSER *spec.* 216. *med.* 6. *tit.* 2. N. XVI. Seite 535.
z) HAHN ad WESENBEC. *lib.* 19.

richteten Nahrungssteuer, annoch für die Wegwendung des Vermögens selbst mit der Nachsteuer vergütet.

§. 4.

Ist hingegen dieses, daß nämlich der Pachter an dem Orte, welchen er verläst, nicht seinen beständigen Wohnsitz gehabt, auch daselbst kein besonderes Gesetz oder Gewohnheitsrecht vorhanden ist, nach welchen die sich daselbst nur auf eine Zeitlang aufhaltende Pachter von ihrem Gewerbe eine jährliche Nahrungssteuer entrichten müssen (§. 3.), so kann ihm auch mit Recht kein Abzugsgeld abgefordert werden a). Denn, wo keine Vorsteuer, da ist keine Nachsteuer. Der Pachter ist als kein Emigrant anzusehen, weil er seinen beständigen Wohnsitz an dem Pachtorte nicht gehabt hat. Er ziehet nicht freywillig ab, weil er nach geendigter Pachtzeit die gepachtete Sache verlassen muß. Und also sind bey ihm die wesentlichen Eigenschaften nicht vorhanden, welche bey dem Abzugsgelde, so in einer Nachsteuer bestehet, erforderlich sind (§. 1.).

Rechtsfall.

Es hat ein auswärtiger Müller in einem andern Dorfe die adeliche Mühle gepachtet. Diese wird verkauft, und er muß aus selbiger weichen. Er begiebt sich daselbst in das Häußgen seines Weibes, um sich annoch in dem Dorfe so lange, gleichsam als ein Haußgenosse, aufzuhalten, bis er anderwärts unterkommen kann. Endlich fast er den Schluß, sich wiederum in seine Heimath mit seiner Fraue nach Langenschade zu wenden. Der Erb- Lehn- und Gerichtsherre des Dorfes, so er nunmehro verlassen will, verlangt aber von seinen Mobilien und Capitalien, die er mit sich zu nehmen gedenket, das gewöhnliche Abzugsgeld. Er soll auch dasjenige, was er von seinen Gütern und eigenem Vermögen aus dasigen Gerichten hinweg gewendet vermittelst Eydes oder sonst binnen sächsischer Frist eigentlich angeben. Allein er will sich darzu nicht verstehen und leugnet dem klagenden Gerichtsherren, daß er bishero mit wesentlicher Wohnung unter seinen Gerichten gesessen gewesen. Dem ungeachtet

a) BECK von Abschoß und Nachsteuer *part.* 1. *cap.* 5. *obs.* 3. und 4. THOMASIVS in diss. *de iure detractus th.* 38. WERNHER *part.* 4. *obs.* 125. MEVIVS *part.* 7. *decis.* 365. ab ENGELBRECHT in *obseru. select. for. spec.* II. *obs.* 55.

geachtet aber erhält er den Bescheid, daß er von demjenigen, was er aus den Gerichten hinweggewendet, das gewöhnliche Abzugsgeld zu geben, und sothanes sein hinweggewendetes Vermögen vermittelst Eydes oder sonst eigentlich anzuzeigen schuldig.

Er, der Beklagte bisherige Mühlpachter, wendet aber eine Leuterung darwider ein. Worauf nach W** im Februar 1768 folgender masen erkannt wurde.

Urthel.

Auf eingewande Leuterung, deren Prosecution, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen Johann Christoph Patschkers, Beklagtens und Leuterantens an einem, des Erb- Lehn- und Gerichtsherrens, zu Wickersdorf, Arnsgereuth und Volkmannsdorf, Ernst August Friedrichs von Könitz, Klägers und Leuteratens am andern Theil, f. u. i. d. d. u. v. e. A. n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. d. s. W. v. R.

Nunmehro aus den Acten und der Partheyen Einbringen so viel zu befinden, daß Beklagter von demjenigen, was er aus den Gerichten hinweggewendet, das gewöhnliche Abzugsgeld zu geben, und dasjenige, was er von seinen Gütern und propren Vermögen aus dasigen Gerichten hinweggewendet, vermittelst Eydes oder sonst binnen sächsischer Frist, eigentlich anzugeben und erweislich darzuthun, wie auch die Gerichtskosten zu tragen, noch zur Zeit, nicht verbunden, sondern es ist Kläger zuförderst den Umstand, daß Beklagter mit wesentlicher Wohnung unter seinen Gerichten gesessen gewesen, binnen sächsischer Frist, Beklagtens Gegenbeweiß, beyder Theile Eydesdelation und andere rechtliche Nothdurft, in ebenmäsiger Frist vorbehältlich, wie recht, zu erweisen schuldig. Ergehet darauf ferner was recht ist. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl Kläger 1), daß die in andere Gerichte ziehende Leute von den Mobilien und Capitalien, vermöge der bey dasigen Gerichten vorhandenen Observanz und alten Herkommen, Abzugsgeld geben müsten, anführet, und zu dem Ende auf die Extracte fol. act. 7. und 8. sich beziehet,

het; solches auch 2) mit der Meinung des Herrn von Leysers, spec. 216. med. 6. nach welcher jemanden der Vorwand, daß er nur ein Pachter gewesen, von dem Abzugsgelde nicht befreye, unterstützen wollen; zumal da 3) Beklagter nicht ein bloser Pachter gewesen, sondern zu Wickersdorf sich eingeheyrathet und nicht nur in seines Weibes Hause als ein Unterthan eine geraume Zeit gelebet, sondern auch die dasige Gerichtsbarkeit über sich anerkannt und daselbst Vermögen erworben hätte; mithin daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. bey dem Abzugsgelde, welches in dem Falle, da jemand von einem Orte wegziehet und sich an einen andern Ort hinbegiebet, entrichtet wird, und welches man sonst die Nachsteuer, census emigrationis, zu nennen pfleget, nothwendig dieser Umstand, daß der Abziehende seinen Wohnsitz an dem Orte gehabt habe, erforderlich ist, masen man eben deswegen, daß der Abziehende seine Wohnung ändert, und sich mit seinem Vermögen unter eine andere Obrigkeit begiebet, das Abzugsgeld von ihm fordert; zu einen Wohnsitze aber nicht blos dieser Umstand, daß sich Jemand an einem Orte aufhält, sondern auch dieses, daß solches aus der Absicht, um daselbst seinen beständigen Aufenthalt zu haben, geschehen, wesentlich nöthig ist b); von einem blosen Pachter aber sothane Absicht sich nicht behaupten läst, gestalten derselbe auf dem Pachtgute nur so lange, als der Pacht dauret, verbleibet, und also die Absicht, daselbst beständig seinen Wohnsitz zu haben, füglich nicht fassen kann; sodann auch von denjenigen, welcher ohne ein begangenes Verbrechen nicht freywillig einen Ort verläst, sondern sich anders wohin zu wenden gezwungen wird, kein Abzugsgeld gefordert werden mag c); ein bloser Pachter aber, nach geendigter Pachtzeit, das Pachtgut verlassen muß; und also, wenn er als Pachter den Ort verläst und sich wiederum wo anders hinbegiebet, solches, um sich ferner anderwärts seinen Unterhalt zu verschaffen, zu thun genöthiget wird; dieserhalb nun auch bewährte Rechtslehrer, daß ein bloser Pachter, wenn er abzöge und sich an einen andern Ort hinbegebe, kein Abzugsgeld zu geben schuldig sey, mit gutem Grunde

b) *l. 17. §. 13. D. ad municip.* WERNHER *part. 7. obs. 127. et part. 9. obs. 116.* wo aber inserirt. BERLICH *part. 3. concl. 52. num. 13. seq. Repert. iur. priv. v.* Abzugsgeld §. 50.

c) Reichs Ordn. vom Jahr 1555. §.

Grunde behaupten d); sowohl Beklagter, daß er niemals unter den Gerichten zu Wickersdorf was eigenthümliches besessen, sondern nur ein bloser Pachter auf der adelichen Mühle daselbst gewesen, und durch deren Verkauf daraus vertrieben sey, worauf er sich in seines Weibes Häußgen, so ihr noch bis jetzo zugehörte, nur wenige Zeit, so lange bis er anderwärts unterkommen können, gleichsam als ein Hausgenosse, sich aufgehalten, und das wenige, nämlich die fol. act. 3 b. geständigen 150 Rthl., so er von Wickersdorf weggebracht, daselbst nicht einmal erworben habe, vorgeschützet hat; hiernächst ad 1) die Extracte fol. act. 7 et 8. von dem gegenwärtigen Falle nicht reden; auch nach dem Attestate fol. act. 45. zu Wickersdorf das Abzugsgeld bey einem Pachter nicht in Uebung zu seyn scheinet, wenigstens, daß die Gerichte, solches auch von einem blosen Pachter fordern zu können, hergebracht hätten, noch unerwiesen ist; ferner ad 2) der Herr von Leyser, an dem angeführten Orte, von einem solchen Pachter, der mit seiner Familie und Vermögen sich an dem Orte des Pachtes aufgehalten, und daselbst sein Domicilium gehabt, redet; dieses aber, daß Beklagter unter Klägers Gerichten mit wesentlicher Wohnung zugleich gesessen gewesen, noch nicht dargethan ist, angesehen ad 3) Beklagter diesen von Klägern vorgegebenen Umstand, daß er nicht ein bloser Pachter gewesen, wie oben angeführet worden, geleugnet hat; solchemnach Beklagter zum Abtrag des Abzugsgeldes und der Gerichtskosten noch nicht, bevor dieser Umstand durch Beweiß und Gegenbeweiß erst in Richtigkeit gesetzet worden, für schuldig erkannt und ihm die eydliche Anzeige oder sonst erweisliche Beybringung seines von dort weggebrachten Vermögens, auferleget werden mögen: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LVII.

Von handlohnbaren Lehn- oder Erbzinsgütern ist die Lehnwaare zu entrichten, ob selbige gleich mit handlohnsfreyen Gütern ertauscht werden.

§. 1.

Handlohnbare Lehn- oder Erbzinsgüter sind diejenigen Lehn- oder Erbzinsgüter, von welchen in gewissen Fällen, den Ge- … setzen,

d) MEVIUS *part.* 7. *decis.* 365. THOMAS. in diss. *de iure detract. th.* 38. WERNHER *part.* 4. *obs.* 125.

setzen, oder rechtlicher Gewohnheit, oder den Verträgen nach, eine Lehnwaare entrichtet werden muß. Hingegen diejenigen Lehn- oder Erbzinsgüter von welchen man keine Lehnwaare abzutragen braucht, heissen Handlohnsfreye, oder schlechthin freye Lehn- oder freye Erbzinsgüter.

§. 2.

Gesetzt nun, es ist an einem Orte die auch anderwärts oft vorkommende Gewohnheit e), daß, wenn mehrern Erben ein Lehn- oder Erbzinsgut anstirbet, welches einer von ihnen alleine dergestalt übernimmt, daß er seinen Miterben vor ihre daran habende Antheile andere Güter herausgiebet, er zwar wegen seines eigenen Antheils von dem Handlohne frey ist, wegen der übrigen Erben daran gehabten und an sich bringenden Antheile aber dasselbe entrichten muß, gesetzt ferner, daß die andern Güter, welche er den Miterben vor ihre Antheile herausgiebet, von Handlohne frey sind; so fragt es sich, ob er demungeachtet seinen Lehn oder Zinßherren das Handlohn oder die Lehnwaare zu entrichten schuldig ist?

§. 3.

Es möchte scheinen, daß die vorliegende Frage zu verneinen wäre, weil die Güter, welche er seinen Miterben herausgiebet, vom Handlohne frey sind. Allein er ist, wofern er die Befreyung nicht aus einem andern Grunde darzuthun vermag, allerdings zur Entrichtung der Lehnwaare verbunden, weil ihm diese nicht von diesen handlohnsfreyen Gütern, sondern von den sich erworbenen unfreyen Antheilen seiner Miterben, welche diese an dem handlohnbaren Lehngute gehabt haben, abgefordert wird. Denn der Erbe kann dadurch, daß er etwas handlohnbares mit etwas handlohnfreyen ertauschet, die Rechte des Lehn- oder Zinsherrens nicht schmälern. Denn dasjenige, was, wie hier an eines andern Stelle treten soll, muß auch nach dessen Rechten beurtheilet werden f).

Rechts-

e) BROKES in *sel. obs. for. obs.* 79. §. 26. *seqq.*

f) Surrogatum assumit naturam eius in cuius locum surrogatum est. *C.* 3. *X. ut lite pend.*

Rechtsfall

Es klagte einstmalen eine Dorfgemeinde in solchem Falle, da ein Erbe bey der Erbvertheilung ein handlohnbares Lehngut erhielt, worauf er seinen Miterben, wegen ihrer daran habenden Antheile, Closter Sonnefeldische Lehnstücke herausgab, wider das fürstliche Amt. Sie führte an, daß dieses das Handlohn in solchem Falle zu fordern kein Recht hätte, weil diese Closter Sonnefeldische Lehnstücke, nach Ausweiß der ältern und neuern Lehnbücher, von Entrichtung des Handlohnes gänzlich frey wären. Und aus diesem Grunde bath sie zu erkennen, daß beklagtes fürstliches Amt ein Handlohn von den Closter Sonnefeldischen Lehnstücken in ihrer Gemeinde zu fordern, keineswegen befugt, derowegen es sich dessen gänzlich zu enthalten, auch dasjenige, was solches in diesem Falle bereits erzwungen, nebst Erstattung aller Unkosten wieder herauszugeben schuldig.

Das beklagte fürstliche Amt gab aber zu erkennen, wie es, daß die Closter Sonnefeldische Lehnstücke von Handlohne frey wären, gar nicht bezweifelte, und von selbigen gar kein Handlohn verlangte, sondern nur alsdenn, wenn bey mehrern Erben einer alleine ein handlohnbares Gut erhielte, worauf er seinen Miterben, wegen ihrer daran habenden Antheile, zu deren Abfindung, entweder blos Sonnefeldische Lehnstücke, oder diese mit andern Lehnstücken abträte, wodurch er jene handlohnbare Antheile seiner Miterben ertauschte, von selbigem, wegen dieser durch solche Herausgabe sich erworbenen Antheile, die Entrichtung des Handlohnes forderte.

Dahero denn auch nach H**, im Februar 1776 folgender masen erkannt wurde:

Urthel

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einrede und ferneres Einbringen Actorn Syndicen der Dorfgemeinde zu Streufdorf, Klägers an einem, des Procuratoris fisci des herzoglichen sächsischen Civilamtes Hildburghausen, Beklagtens am andern Theil, s. u. - - - sprechen wir vor Recht:

Daß die Klage angebrachter Masen nicht Statt hat. Es ist auch Kläger die Unkosten dieses Processes, nach vorgängiger deren

deren Liquidation und richterlicher Ermäßigung, dem Beklagten zu erstatten schuldig. Von Rechts wegen.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl Kläger in seiner Klage fol. act. 2. angeführet, daß die Closter Sonnefeldischen Lehnstücke, nach Ausweis der ältern und neuern Lehnbücher, von Entrichtung des Handlohns gänzlich frey, und beklagtes Amt, das Handlohn zu fordern, wie es gleichwohl anitzo sich anmasete und in den angezogenen Fällen angefangen, überhaupt und im mindesten nicht berechtiget wäre; Beklagter aber diese Hauptumstände fol. act. 24 b seqq. geleugnet hat; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. Kläger in der Klage fol. act. 2. b. selbst gestehet, daß von denjenigen Lehngütern, welche in keinen Closter Sonnefeldischen Lehnstücken bestehen, das Handlohn gewöhnlich sey; folgbar, wenn ein Nichtklostersonnefeldisches Lehngut, nach des Besitzers Tode, auf mehrere Erben in der Erbschaft kommt, welches dieselben einem unter ihnen dergestalt überlassen, daß dieser ihnen ihren daran habenden Erbtheil entweder mit Gelde abkauft, oder anders wodurch ertauscht, er sodann auch, wegen dieser von seinen Miterben an dem handlohnbaren Nichtklostersonnefeldischen Lehngute erlangten Antheile, das gewöhnliche Handlohn zu entrichten hat, er mag diese handlohnbaren Antheile durch eine Herausgabe an Gelde, oder andern Gütern, wovon auch sonst bey Erbvertheilungen keine Lehnwaare entrichtet wird, an sich bringen, gestalten er nicht wegen dieser handlohnsfreyen Güter, sondern wegen des sich von seinen Miterben erworbenen handlohnbaren Lehngutes die Lehnwaare abzutragen verbunden ist; und überdem dasjenige, was, wie hier, an eines andern Stelle treten soll, nach dessen Rechten beurtheilet werden muß g); Beklagtes Amt nun aber fol. act. 49, daß die Closter Sonnefeldische Lehnstücke von Handlohn frey wären, gar nicht bezweifelt, und von selbigen gar kein Handlohn verlanget, sondern nur gedencket, daß, wenn bey mehrern Erben einer alleine ein handlohnbares Gut erhielte, und er seinen Miterben, wegen ihrer daran habenden Antheile, zu dieser seiner Miterben Abfindung entweder blos Sonnefeldische Lehnstücke, oder dergleichen

g) *c. 3. X. ut lite pend.*

dergleichen und andere Lehnstücke abträte, durch deren Herausgabe er jene handlohnbaren Antheile seiner Miterben an sich tauschte, er sodann dieser Antheile halber von der Entrichtung des Handlohnes nicht frey wäre; auf diesen Fall aber, und worauf es doch gleichwol bey vorigen Geständniß des Beklagtens ankommt, die Klage gar nicht gerichtet, sondern nur, daß beklagtes fürstliche Amt, das Handlohn von den Closter Sonnefeldischen Lehnstücken, zu Streufsdorf, zu fordern, keinesweges befugt sey, zu erkennen gebethen worden ist; und dahero die Klage in der Maße, als sie angebracht worden, nicht Statt finden, und Kläger, weil er dem Beklagten durch diesen Proceß nur vergebliche Unkosten verursachet hat, diese demselben zu erstatten, sich nicht entbrechen mag: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LVIII.

Von der Größe des Müllerlohnes, und deren Abänderung besonders von der Erhöhung der Mühlmetze.

§. 1.

Der Müllerlohn ist die Vergütung, welche dem Müller für den Gebrauch der Mühle entrichtet wird. Hiermit ist der so genannte **Mühlpfennig** oder **Mühlgroschen** nicht zu verwechseln. Dieser bestehet in einer öffentlichen Abgabe des Müllers für den freyen Gebrauch seiner Mühle h).

§. 2.

Die Größe des Müllerlohnes pflegt auf verschiedene Art festgestellet zu seyn, entweder von dem Landesherrn, vermöge seiner landesherrlichen Gewalt, damit die Müller die Mühlgäste nicht übersetzen, oder mittelst eines Vertrages, von dem Müller und seinen Gästen, oder durch Gewohnheit.

§. 3.

Bey der Aenderung des Müllerlohnes hat man auf den nächst vorhergehenden Unterschied, ob die Größe des Müllerlohnes entweder von dem

h) KLOCK *de aerario, lib.* 2. *cap.* 78. *lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 119. *num.* 4. *seq.* LEYSER *in iure georgico,*

dem Landes-Herren, oder durch einen Vertrag, oder durch Gewohnheit bestimmt worden, sein Augenmerk zu richten. Mit jener kann ordentlicher Weise der Müller, weil ein Unterthan die Befehle seines Fürsten zu beobachten schuldig ist, nicht eigenmächtig eine Abänderung vornehmen. Indessen weil jedoch dergleichen Anordnung gemeiniglich nur um deswillen gemacht zu werden pfleget, damit die Mühlgäste nicht zu viel geben, so ist zwar die eigenmächtige Erhöhung, nicht aber die Erniedrigung des Müllerlohnes dem Müller für verbothen zu achten. Denn sollte auch die eigenmächtige Erniedrigung des Müllerlohnes für verbothen gehalten werden, so müßte der Fürst bey Bestimmung der Größe des Müllerlohnes nicht blos auf die Mühlgäste, sondern auch zugleich auf alle Müller des Ortes gesehen haben, daß er nämlich gewollt, es sollten alle Müller einen gleichen Mühllohn, damit einer durch dessen Erniedrigung dem andern seine Gäste nicht entziehe, beobachten. Allein, daß der Fürst auch in Absicht der Erniedrigung des Müllerlohnes die natürliche Freyheit des Müllers habe einschräncken wollen, steht um deswillen nicht zu vermuthen, weil dadurch das Beste seiner sämtlichen Unterthanen des Ortes befördert, und niemanden, seines Rechtes sich zu begeben, ordentlicher Weise verwehret wird. Entgehet gleich durch die Erniedrigung des Müllerlohnes, welches der eine Müller vornimmt, den andern Müllern ein Gewinst, daß sich deshalb ihre Mühlgäste zu jenem Müller wenden, so ist dieses doch in rechtlichem Verstande für keinen Schaden zu achten, derentwegen sie jenen Müller in Anspruch nehmen könnten. Denn wer sich seines Rechtes bedienet, füget niemanden eine Beleidigung zu. Kann der eine Müller um geringern Lohn Mühlgäste aufnehmen, so mögen die andern Müller ein gleiches thun. Es ist das eben so wie bey Handwerksleuten, da man keinem Handwerksmanne, seine Arbeit wohlfeiler als ein anderer zu geben, zu verwehren pfleget.

§. 4.

Wird die Größe des Müllerlohnes durch einen Vertrag bestimmt (§. 2.), so ist dergleichen entweder schon in vorigen Zeiten errichtet, daß, zum Exempel, eine Gemeinde mit ihrem Müller über einen gewissen Müllerlohn einig geworden, oder nicht, sondern es soll dergleichen Vertrag erst errichtet werden. Im ersten Falle kann kein Theil wider Willen des andern von der bestimmten Größe des Müllerlohnes anders abgehen, als in wie ferne man einseitig einen Vertrag wiederum aufzuheben befugt ist. Wohin gehöret, wenn sich nach der Zeit solche Umstände ereignen,

daß, wenn man solche vorher sich hätte sollen vorstellen können, man den Vertrag gar nicht, oder doch wenigstens nicht auf die Art würde eingegangen haben. Als es ist das Müllerlohn in vorigen wohlfeilen Zeiten, oder zur Zeit des guten Geldes durch einen Vertrag sehr geringe bestimmt worden, nach der Zeit aber wird alles viel theurer, oder die Münzen werden weit schlechter. Da kann der Müller billig nach Proportion einen größern Lohn fordern. Im zweyten Falle hingegen, wenn der Müllerlohn erst durch einen Vertrag soll bestimmt werden, da kommt es darauf an, wie beyde Theile mit einander darüber einig werden, da steht es dem Herrn der Mühle frey, wie hoch er die Vergütung des Gebrauchs seiner Mühle schätzen, folglich wie viel er zum Müllerlohn fordern, und im Gegentheil, wie viel ihm die Gäste verwilligen wollen.

§. 5.

Hat man endlich den Müllerlohn seit vielen Jahren durch Gewohnheit in einerley Größe entrichtet (§. 2.), so giebt dieses keinem Theile ein Recht in der Folge auf dieser Größe zu bestehen, wofern die Gewohnheit nicht zugleich durch die Verjährung in eine Schuldigkeit verwandelt worden, daß nämlich der Müller, da ihm seine Gäste weniger geben wollen, auf eine höhere Summe bestanden, und ein Theil bey dem Widerspruche des andern die Verjährungszeit hindurch sich beruhiget hat. Denn wofern kein Widerspruch gemacht worden, so steht es jedem Theile immer frey von der bisherigen Gewohnheit wiederum abzugehen. So wie daraus, daß man einem eine Sache viele Jahre hindurch immer um einerley Pachtzinß verpachtet hat, nicht folget, daß man auch in Zukunft um eben den Pachtzinß den Pacht fort zu halten verbunden sey.

§. 6.

Eine Art des Müllerlohnes ist die bey Mahlmühlen vorkommende **Molter, Mahl- oder Mühlmetze.** Diese bestehet in einem gewissen Theile von den Früchten, welche man dem Müller für deren Mahlung auf seiner Mühle entrichtet. Dieser Theil ist nicht aller Orten einerley, weil solches von den verschiedenen Landesordnungen, Verträgen oder Gewohnheiten abhänget (§. 2.). In Chursachsen bestehet solches in dem sechzehenden oder zwanzigsten Theile des Getreydes, so zum Mahlen gebracht wird i).

§. 7.

i) Churf. Mühlenordnung vom Jahr 1666. unter der Ueberschrift: Metze des Getraydes.

§. 7.

Wegen der Abänderung, besonders Erhöhung der Mühlmetze, findet eben das Statt, was zuvor (§. 3 bis 6) überhaupt von dem Müllerlohne abgehandelt worden. So ist es, zum Exempel, billig, daß, wenn der Müller einen größern Aufwand bey der Mahlmühle machen muß, auch hiernach die Mühlmetze erhöhet werde k). Wie dieses durch folgenden Rechtsfall des mehrern erläutert wird.

Rechtliches Gutachten

nach S** im Februar 1767.

Als Uns nachstehende Geschichtserzählung, nebst einem Stückchen Privatacten und einer Frage zugeschicket, u. d. u. Rb. g. w. d. f. w. v. R.

Haben die Besitzer der Mühle zu M** bishero von ihren Mahlgästen, der dasigen Gemeinde, den 27ten Theil Metze an Korn für das Mahlen erhalten. Sind aber nunmehro die Aufwandskosten gegen die vorigen Zeiten sehr gestiegen, und hat der starke Anbau der Erdäpfel das Mahlen dergestalt verringert, daß, wie allemal durch eine Sequestration erwiesen werden kann, das Einkommen nicht einmal den Aufwand, zu geschweigen einen Haushalt erträgt. Wollen deshalb die Besitzere der M** Mühle die Mühlen Metze etwas erhöhen; welcher Erhöhung aber die M** Gemeinde sich widersetzet. Es wird dahero gefraget:

Ob die M Mühlenbesitzer unter sothanen Umständen nicht mit Recht verlangen können, daß die Mühlenmetze, der Billigkeit nach, proportionirlich erhöhet werde.**

Ob nun wohl von Seiten der M** Gemeinde vorgeschützet wird, 1) wie sie nicht anders wüßten, als daß die M** Mühlenbesitzer nur den 32ten Theil metzen dürften, masen dieses sowohl in dem alten Stammbuche zu Schwarzburg, als auch in andern alten Schriften befindlich wäre; solchemnach es bey ihrem alten Rechte und Herkommen bleiben müßte; besorah 2) die M** Mühle in Ansehung des Erwerbes andern Mühlen weit vorzuziehen, indem wegen der angewachsenen Gemeinde noch viermal mehr gemahlen

k) IO. HERING *de molendinis eorumque iure, qu. 46. num. 16.*

gemahlen und gemetzet würde, als sonsten geschehen, zumal da auch wegen der Olitäten Handlung anietzo zehnmal mehr Korn zu Brandtweine geschrotet würde; die Besitzer auch nebst den Metzen bey der Mühle durch das viele Brandteweinbrennen und Brodbacken, welches von ihnen in grosser Menge consumiret würde, einen gar ansehnlichen Gewinst, und, wegen der neben der Mahlmühle anstehenden Oelmühle, einen starken Zugang hätten; hierzu auch 3) käme, daß die Gemeinde M** den Mühlenbesitzern, der Mühle wegen, eine sehr vortrefliche Wiese, welche wohl über 1600. Rthlr. werth wäre, zum Niesbrauch, nur mit der Beschwerde, das gewöhnliche Rammelvieh alljährlich zu erhalten, zeithero überlassen hätte; sowohl 4) gedachte Mühlenbesitzer nicht nur das Metzen von den dahin gewiesenen Gemeinden, sondern auch von vielen Auswärtigen hätten, die, aus Mangel des Wassers in dasiger Mühle zu mahlen, ofte gezwungen wären; wobey die Zwangmahlgäste allezeit, bis solche Fremde, oder solche, welche die Frucht von ihnen abnähmen, zuvor gemahlen hätten, warten müßten, und selten eher zur Mühle gelassen würden; hiernächst 5) mehrgedachte Mühlenbesitzere ihre Pferde nicht zu Abholung des Getraides, sondern zu ihrem eigenen Gebrauch hielten, indem ieder Einwohner sein Getraide selbst in die Mühle und aus solcher wieder in seine Wohnung schaffen müßte, wobey dem ungeachtet doch von ihnen der sechzehende Theil, welchen man bey andern Mühlen für das Treibevich entrichtete, auch vom Kleien gemetzet würde; endlich 6) daß wenn die M** Mühlenbesitzer den 20ten Theil zu metzen erlangen sollten, selbige von einem Unterthan mehr Tribut, als selbst die Landesherrschaft verlangte, bekommen würden, angesehen dieselben alsdenn von ieder Haushaltung, deren es welche gäbe, so jährlich 40. 50. bis 60. Scheffel Korn, ohne den Waizen, mahlen und schroten lassen, alle Jahr 4. bis 5 rthlr. bekommen; und ausserdem dadurch, zumal in schweren und theuren Zeiten, sowohl der Mittelmann, als besonders der Arme, der in einer ganzen Woche kaum ein viertel Korn erwerben könnte, sehr gedrückt werden würde; mithin daß unter diesen Umständen die M** Mühlenbesitzer die Erhöhung der Mühlenmetze mit Recht nicht verlangen könnten, es das Ansehen gewinnen möchte;

D. a. u. d. die Mühlmetze in einem Theile von dem in die Mühle gebrachten Getraide bestehet, welchen die Mahlgäste dem Müller dafür, daß er ihnen ihr Getraide auf seiner Mühle zu mahlen verstattet, entrichten müssen; sothaner Theil aber, nach des Müllers bey dem Mahlen anzuwendenden

denden Mühe und den Kosten, womit er die Mühle zu erhalten hat, auch nach der gewöhnlichen Anzahl der Mahlgäste, als welche besonders bey Zwangmühlen eben nicht ungewis ist, bestimmt zu werden pfleget; und also bey Mühlen, welche größerm Wasserschaden als andere ausgesetzt sind, und wo besonders tobende Ströhme durch Dämme bezähmet und zum Dienst des Umtriebes angeleitet werden müssen, die Mühlmetze natürlicher Weise höher, als bey andern Mühlen, wobey dergleichen Umstände nicht anzutreffen sind, zu rechnen ist; niemanden auch, daß er mit Einbuse seines Vermögens andern Dienste leiste, angemuthet werden mag; Quärent aber anführet a) daß die M** Mühle eine von den Mühlen im Fürstl. Schwarzburg. Landen sey, welche unstreitig, in Ansehung des Wasserbaues, am allerschwersten zu erhalten; b) daß das Holz und mit selbigem das Eisen, Stahl, und Schmiedearbeit, so alles bey Erhaltung der Mühle unentbehrlich, neuerer Zeit dergestalt gestiegen, daß gegen die bisherige Metze, welche gleich vom Anfange schlecht eingerichtet worden, die jetzigen schweren Baukosten, nebst andern Aufwande bey der Mühle, unmöglich zu bestreiten wären; zumal c) die Menge den Schaden nicht übertrüge, indem dermalen in den Dorfschaften, welche in der M** Mühle mahleten, gewis an die 5000 Maas Erdäpfel gebauet würden, welche die Consumtion des Getraides auf eine gar beträchtliche Weise verminderten, daß die M** Mühle nicht die Hälfte genug zu mahlen hätte; und daher dieselbe, wie allemal durch eine Sequestration zu erweisen stünde, jährlich kaum die Zinsen, Steuren, Baukosten, und andern Aufwand, benebst einem Mühlpurschen ertrüge, zu geschweigen das Capital verinteresirte und eine Familie erhalten könnte; hingegen wider die Gründe der M** Gemeinde sich verschiedenes erinnern läßt, indem ad 1) in dieser Sache, wofern durch Verträge nicht ein anderes festgestellet ist, die Länge der Zeit, binnen welcher eine gewisse Metze entrichtet worden, nicht schlechterdings, daß es dabey in Zukunft, auch bey ganz veränderten Umständen, beständig bleibe, verursachen, sondern die Landesherrschaft hierinne, auf Nachsuchen des Müllers, nach Beschaffenheit der Umstände, eine andere Entrichtung der Metze, so, daß dabey weder der Müller, noch die Mahlgäste gedruckt werden, vorschreiben kann; ferner ad 2) dieser Umstand, daß wegen der angewachsenen Gemeinde noch viermal mehr gemahlen und gemetzet würde, durch das vorige Anführen ad c) des Quärentens widerleget wird; und dasjenige, was sich die M** Mühlenbesitzer ausser dem Gedraidemahlen durch ihre Mühe und Fleiß, auf andere Art noch erwerben, ihnen zu Abkürzung der Metze nicht an-

 gerech-

gerechnet werden mag; müsen bey der Mahlmetze blos auf den Erwerb, den der Müller von dem Mahlen hat, zu sehen ist; sodann ad 3) von den Mühlbesitzern, daß sie die Mühlwiese von der Gemeinde inne hätten, geleugnet und daß dieselbe in den Lehnbriefen mit benennt wäre, und sie solche in der hohen Lehn mit verlehnen müsten, vorgeschützet wird; hiernächst ad 4) der Nutze, welcher bey mangelnden Wasser denen M** Mühlbesitzern durch das Mahlen fremder Mühlgäste zuwächst, nur ein ungewisser Nebenvortheil ist, so wie das Vorgeben, daß sie, die M** den Fremden im Mahlen nachgesetzt würden, annoch unerwiesen ist; und, Falls diese Beschwerde auch gegründet seyn sollte, derselben, so wie auch der ad 5), in Zukunft gar wohl abgeholfen werden kann; endlich die Umstände ad 6) von Quärenten für solche, die nicht wahr wären ausgegeben werden: So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß, wenn die von Quärenten erzählten Umstände in der Wahrheit gegründet sind, und sonst nicht etwa ein Vertrag, nach welchem die bisherige Metze in Zukunft unabänderlich bleiben soll, vorhanden ist, die M** Mühlenbesitzer eine der Billigkeit nach proportionirliche Erhöhung der Mühlmetze bey der Landesherrschaft zu suchen gar wohl befugt sind. V. R. W.

LVIIII.

Von einem Mühlzwange in Ansehung des Müllers, denenjenigen, so sich seiner Mühle bedienen wollen, selbige gegen den gewöhnlichen Lohn zu verstatten.

§. 1.

Die Zwangsgerechtigkeit bey den Mühlen äusert sich ordentlicher Weise nur darinne, daß Leute einer gewissen und keiner andern Mühle, bedürfenden Falls sich bedienen müssen. Man nennt eine Mühle, auf welche dergleichen Gerechtigkeit haftet, eine Zwangmühle l).

§. 2.

Seltener ist der Fall, da die Leute den Müller zwingen wollen, daß er ihnen seine Mühle zu gebrauchen verstatte. Bey Zwangmühlen ist dieser

l) Jul. Bernh. von Rohr in Haushaltungsrechte, des IIten Buches XIII des Cap. vom Recht der Zwangmühlen S. 711. u. f.

ser Zwang wohl gegründet. Denn, so wie diese Mühlen von den dazu gehörigen Leuten, oder so genannten Zwanggästen, besuchet werden müssen; so ist auch hinwiederum der Müller wegen wechselsweiser Pflichtleistung, seine Zwanggäste zum Gebrauch seiner Mühle zuzulassen m), und zu fördern dergestalt schuldig, daß, wenn er dieses binnen 24 Stunden nicht thut, oder nicht zu thun vermag, sie alsdenn anderwärts in eine Mühle zu gehen befugt sind n).

§. 3.

Fragt man aber, ob auch ein Müller, der keine Zwangmühle hat, den Gebrauch seiner Mühle den Leuten, auf ihr Verlangen, verstatten müsse? so dürfte es anfänglich scheinen, daß dieses wohl eine vergebliche Frage sey, weil die Müller sich mehr um Mühlgäste bemühen, als daß sie solche abweisen sollten. Und dieses ist auch vermuthlich die Ursache, warum man diese Frage bey den Rechtslehrern, und besonders bey dem Joh. Hering in seinem sonst ausführlichem Tractate von den Mühlen und ihrem Rechte nicht abgehandelt findet. Indessen so kommt selbige doch vor, wie ich bald in einem besondern Rechtsfalle darthun werde, wenn ich zuvor die Frage selbst beantwortet habe. Wobey ich denn aber erst einen Unterschied zu machen für nöthig halte, ob nämlich die Mühle eine privat, oder eine öffentliche Mühle ist.

§. 4.

Wäre es eine Privatmühle, worunter ich eine solche verstehe, welche jemand auf einem nicht öffentlichen Flusse für sich und zum Besten einzelner Personen, die sich deren freywillig bedienen wollen, erbauet hat; so mag er füglich nicht gezwungen werden, allen und jeden, die sich bey ihm melden, den Gebrauch seiner Mühle zu verwilligen. Denn diese Verwilligung setzt einen Miethcontract voraus. Zu dessen Errichtung ordentlicher Weise kein Theil den andern wider seinen Willen zu nöthigen befugt ist o). Dahero denn auch folgt, daß, so wie der Müller die Leute nicht zwingen kann, daß sie sich seiner und keiner andern Mühle be-

 dienen,

m) IO. HENR. BOEGLER diss. *de iure molendinorum*, qu. 5. pag. 24.

n) IO. HERING in tract. *de molendinis eorumque iure*, qu. XI. num. 1899 vergl. Rohr in obangezogenem Haushaltungsrechte, *IV.* B. *XIII.* Cap. §. 8.

o) *l.* 3. *C. de oblig. et act.* SCHOEPFFER in *synop. iur. priv. Rom. lib.* 19. *tit.* 2. num. 20.

dienen, so können sie auch hinwiederum ihn nicht nöthigen, daß er sie in seiner Mühle zulasse. Jeder hat hierinne seine natürliche Freyheit, so lange der Gegentheil deren Aufhebung nicht erweiset. Solche natürliche Freyheit des Müllers ist nun aber dadurch, daß er jemanden viele Jahre den Gebrauch der Mühle verstattet, für nicht aufgehoben zu achten; sondern dazu gehöret, wie sonst bey natürlich freyen Sachen (rebus merae facultatis), daß der Gebrauch der Mühle von dem Müller als eine Schuldigkeit verlanget, der Müller diesem Ansinnen nicht widersprochen, sondern sich über rechtsverwährte Zeit, welche, nach Sachsenrecht, aus 30 Jahren, Jahr und Tag, das ist zusammen, aus 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen bestehet, dabey beruhiget hat. So wie gleichergestalt jemand seine natürliche Freyheit, eine Mühle nach seinen Gefallen zu wählen, verliehret, wenn der Müller von ihm den Besuch seiner Mühle als eine Schuldigkeit verlanget, und er dieser Abnöthigung sich nicht widersetzet, sondern dabey beruhiget und die Mühle die Verjährungszeit hindurch besucht hat p).

§. 5.

Wäre aber die Mühle eine öffentliche Mühle (§. 3), welche nämlich auf einem öffentlichen Flusse zum gemeinen Besten aller Einwohner des Ortes unmittelbar von der Obrigkeit, oder mittelst deren Verwilligung von jemand anders angeleget worden; so muß der Müller alle und jede Unterthanen des Ortes den Gebrauch der Mühle bedürfenden Falls gegen den gewöhnlichen Lohn verstatten, und darf ihnen selbigen ohne gerechte Ursache nicht verweigern, weil dergleichen Mühle dem Besitzer zu keinem andern als diesem Endzwecke von der Obrigkeit überlassen worden; dahero wer dergleichen Mühle an sich bringt, macht sich auch selbst durch diese That dazu schon zum voraus verbindlich. Er muß nachhero die bey ihm sich einfindenden Mühlgäste zulassen, so wie derjenige der einmal ein öffentliches Wirthshaus übernommen, denjenigen, so bey ihm einkehren wollen, ohne rechtmäßige Ursache die Aufnahme nicht

p) MEVIUS. *par.* 1. *decis.* 60. *num.* 8. CARPZOV in *jurispr. for. par.* 2. *const.* 4. *def.* 8 *et* 9. Noe Meurer in Wasserrecht. §. X. Wie eine Bannmühle zu bekommen. S. 1055. Welchen Ahasver Fritsch in sein *Ius fluviaticum* mit eindrucken lassen. von Rohr in Haushaltungsrechte, *IV.* B. *XIII.* C. §. 4. Deneken im Dorf- und Landrechte, *lib.* 1. *par.* 3. *cap.* 6. *resol.* 1. S. 233.

nicht versagen darf q). Und hat solches um so weniger ein Bedenken, wenn die sich einfindenden Gäste füglich nicht in einer andern Mühle unterkommen können.

Rechtsfall.

Ein Müller H. M. F** hat eine Walkmühle, worinne der Beutler E** sein Leder walken will. Jener weigert sich aber ihm solches zu verstatten. Dieser, der Beutler, hingegen steht in den Gedanken, daß er solches zulassen müßte, weil er schon mehrmalen in der Mühle gewalket hätte, und ihm, dem Walkmüller, die Anlegung der Mühle zu gemeinen Stadt Besten, besonders zum Gebrauch der Tuchmacher und Beutler gestattet worden wäre. Der Walkmüller versetzt hierauf, daß er ihm, dem Beutler, nicht aus einer Schuldigkeit, sondern aus gutem Willen, weil er ihm darum gebethen, es erlaubet hätte. Er auch ihm, dem Beutler, das Walcken um so weniger zu gestatten schuldig sey, als seine Mühle lediglich für die Tuch- und Raschmacher bestimmt wäre, und die Beutler ihre eigene Mühle hätten, so die Beutlermühle genennet würde. Ueberdem wäre er, der Beutler, auch schon verschiedene mal von ihm abgewiesen worden, und hätte deshalb in einer andern Mühle walken müssen.

Nachdem beyde Theile solchergestalt gegen einander in Schriften gehandelt, so wird der Beutler num. act. 2. in einem Decret vom 22sten August 1768 in dem Besitze vel quasi der Befugnis, sein Leder in des Walkmüllers Mühle walken zu lassen, geschützet. Allein der Walckmüller sucht wider dieses Decret die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Acten werden darauf hieher geschickt, und der Schöppenstuhl giebt deshalb im Jenner 1769 folgendes

Urthel.

Auf gesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, darwider vorgeschützte Einreden und fernere Schriften des Walkmüllers, H. M. F**, zu Rostock, Implorantens an einem, des Beutlers E**, Imploratens am andern Theile, erkennen Bürgermeistere und Rath der Stadt R**, nach eingeholtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrten, vor Recht:

q) MEVIUS par. 3. decis. 63. num. 1.

Daß das Decret von 22sten August 1768 wieder aufzuheben und Implorant bey dem Genuße der natürlichen Freyheit seiner Walkmühle, so lange bis Implorat im *petitorio* ein anders, wie Recht, ausgeführet, billig zu schützen, jedoch ist derselbe auf seiner Mühle, Falls selbige nicht bereits mit anderer Arbeit besetzet ist, dem Imploraten, wann dieser in einer andern zu hiesiger Stadt gehörigen Mühle nicht füglich sein Leder walken kann, das Walken, gegen gewöhnlichen Lohn, auf darum geschehenes Ansuchen, zu gestatten, gehalten; und hat übrigens Implorantens auf den Ersatz des *sub P. num. act. 10.* angegebenen Schadens gerichtetes Suchen nicht Statt. Die beyderseits aufgewendeten Unkosten werden gegen einander billig verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Implorant, daß auf seiner Mühle Implorat mehrmalen sein Leder gewalket habe, nicht ableugnet, und hieraus Imploratens Posseß vel quasi der Befugnis, sein Leder in Implorantens Mühle walken zu lassen, sich deutlich abnehmen läst; worbey derselbe, mittelst des bey nr. act. 2. anliegenden Decrets vom 22ten August 1768 billig um so mehr geschützt werden können, als das darwider vorgeschützte precarium unerwiesen und in possessorio summario auf ein angebliches precarium, woferne nicht dasselbe sogleich erweißlich ist, keine Absicht genommen werden mag; auch ohnehin Implorant, da er eine öffentliche Walckmühle hält, deren Anlegung ihm zu gemeiner Stadt Besten, besonders zum Gebrauch der Tuchmacher und Beutler, gestattet worden, das Walken niemanden, der es um billigen Lohn begehret, versagen darf r); dahingegen, Falls dermalen auf den Posseß keine Absicht genommen, sondern auf das petitorium gesehen werden wollte, dem Imploraten das Befugnis, auf Implorantens Mühle, wider dessen Willen sich des Walkens anzumaßen schlechterdings nicht zustehen würde, in Betracht, daß eine Servitut sich nicht vermuthen läßt, sondern erwiesen werden muß; Implorat aber hierunter nicht

r) Quaelibet publica artis professio iniicit profitenti obligationem, vt operam non neget vel subducat *L. 1. ff. de administr. tut.* et ex inde ius est cogendi, vt operam praestet. MEVIVS *P. II. dec.* 156. *n.* 1. SCHOEPFFER in *synopsi iur. rom. priu. lib.* 19. *tit.* 2. *num.* 10.

nicht den mindesten Beweis für sich hat; vielmehr aus den bey nr. act. 5. befindlichen mit B. C. D. E. bezeichneten Anlagen sich zu Tage leget, daß Implorantens Mühle lediglich für die Tuch- und Raschmacher bestimmet ist, die Beutler aber ihre eigene Walkmühle haben; welche daher in der Urkunde G. die Beutlermühle genennet wird; auch die Uhrkunde sub E. besaget, daß den Beutlern in Implorantens Mühle das Walken anderer gestalt nicht gestattet worden, als wenn diese darum gebeten und Implorant ihnen eine gewisse Zeit bestimmet; wie denn solches die von den Beutlern ausgestellte Atteste in den Anlagen nr. act. 10. noch mehr bekräftigen; ja selbst Implorat, nach den Zeugenaussagen in den Anlagen H. und I. nr. act. 5., sich verschiedentlich gefallen lassen müssen, daß er von Imploranten abgewiesen worden und in andern Mühlen walken müssen; dahero Implorantens Mühle bey ihrer völligen Freyheit billig gelassen und Implorat zu Ersetzung des durch sein Eindringen in Imploratens Mühle verursachten sub P. num. act. 10 liquidirten Schadens angehalten werden sollen; solchemnach, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. das Mahlen und Walken in einer Mühle unter die Handlungen gehöret, die ordentlicher Weise von der natürlichen Freyheit abhangen; und man bey dergleichen Handlungen eine Posseß anderer Gestalt nicht erlangen kann, als wenn die Handlung in der Absicht, dadurch ein Recht zu behaupten, unternommen worden, und man sich von Seiten des andern dabey beruhiget hat[s]); Implorat aber, daß er von Imploranten das Walken in dessen Mühle als eine Schuldigkeit jemalen verlanget und Implorant solches als eine Schuldigkeit anerkannt habe, mit nichts dargethan hat; dergleichen auch um so weniger sich vermuthen läßt, da Kauf- und Miethe keine solche Handlungen sind, wodurch man, ohne einen speciellen Vertrag, ein Recht oder Verbindlichkeit fernerhin zu kaufen und zu miethen erlangen, oder zu verlangen beabsichtigen kann; dahero Implorat daraus, daß er eine Zeitlang in Implorantens Mühle gegen einen gewissen Lohn gewalket, eine Posseß der Befugniß, zu begehren, daß Implorant ihn fernerhin walken lassen müsse, keinesweges erlangen mögen; vielmehr wenn er solche behaupten wollen, ihm darzuthun obgelegen

s) *l. 3. §. 1. D. de adquir. vel amitt. possess. L. 11 §. 1. ff. de public. in rem actione. L. 3. pr. de vsufr.* Quasi possessio iurium adquiratur vsu et patientia. BERGER *paraphr. tit. de adquir. vel amitt. possess. ad L. 3. §. 1.*

gelegen hätte, daß er von Imploranten das Walken aus Schuldigkeit gefordert, und dieser es sich gefallen lassen; mithin da solches nicht geschehen, auf eine Manutenenz in der Posseß mit Rechtsbestande nicht wohl erkannt werden mögen; und aus dieser Ursach das Decret vom 22sten August 1768. hinwiederum aufzuheben gewesen; um so mehr, da Implorant, wie er den Beutlern das Walken blos bittweise gestatte, durch die bey num. act. 10. beygelegten Atteſtate nothdürftig bescheiniget hat; auch daß dem Imploraten das Walken in Implorantens Mühle versaget und derselbe anderwärts zu mahlen genöthiget worden, die Zeugnisse sub. E. H. I. num. act. 5 bekräftigen; und ob gleich sonst ein jeder, dem in einer Stadt von der Obrigkeit ein öffentliches Amt oder Handwerk zu treiben gestattet worden, seine Arbeit denen Bürgern, welche solche um billige Zahlung verlangen, nicht versagen, vielmehr im Verweigerungsfall gezwungen werden kann t), dennoch dieser Zwang, in Ansehung einzelner Handwerksglieder, nur alsdenn Statt finden mag, wenn nicht einer bereits mit genugsamer Arbeit versehen, auch nicht andere vorhanden sind, die freywillig die Arbeit tauglich zu fertigen übernehmen wollen, als welchen Falls es keines Zwanges bedarf, vielmehr die Verlangung der Zwangsarbeit im solchem Falle ein nicht zu duldender Eigensinn seyn würde; und dann Implorant, daß ausser seiner Walkmühle noch andere und so gar für die Beutler eine eigene Walkmühle vorhanden sey, durch die bey num. 5. befindlichen Anfugen dargethan, so wohl daß seine Mühle hauptsächlich für die Tuch- und Raschmacher bestimmet sey, ebener masen beygebracht hat; also derselbe, Falls er für die Tuch- und Raschmacher zu arbeiten hat, oder Implorat in der ordentlichen für die Beutler bestimmten Mühle walken kann, des Imploratens Leder zu walken mit Rechtsbestande nicht gezwungen werden mag; wohl aber Implorant alsdenn, wenn dessen Mühle nicht bereits mit Arbeit versehen ist, dem Imploraten, wenn dieser mit seiner Arbeit anderwärts nicht unterkommen kann, das Walken in seiner Mühle, gegen billige Zahlung, zu gestatten gehalten ist, in mehrerem Betracht, daß dessen Vorfahren die Anlegung der Walkmühle in Absicht auf den gemeinen Stadtnutzen und Gebrauch gestattet worden, und also derselbe, Falls die Bürger seiner Mühle benöthiget sind, von deren Gebrauch sie eigenmächtig und aus blosem Eigensinne auszuschließen nicht berechtiget ist, zumal da von ihm, daß er den Beutlern

t) *l. 239. §. 3. D. de verb. signif. l. opificiaria, lib. IV. cap. X. §. 7.* MEVIUS 214. *eodem.* STRYK *in iurisprudentia P. II. decis.* 156.

Beutlern in seiner Mühle das Walken gestattet habe, nicht abgeleugnet wird; also derselbe besonders im Nothfall, wenn ein oder der andere mit seinen Fellen anderwärts in den Stadtmühlen nicht unterkommen kann, und seine Mühle nicht besetzet ist, den gerichtlichen Zwang sich allerdings gefallen lassen muß; und, da dergleichen Nothfall zu iener Zeit, als die Obrigkeit den Imploranten, des Imploratens Felle zu walken, angehalten hat, besage der Acten, vorhanden gewesen, mithin der Zwang mit Recht gebrauchet worden; Implorant über diese obrigkeitlichen Vorkehrungen ohne Grund sich beschweret, die von ihm in der sub P. nr. act. 10. übergebenen Schadensrechnung gemachte Entschädigungsforderung unstatthaft ist; endlich Implorat das Decret num. act. 2. für sich hat; Implorant hingegen zum Theil ein obsiegliches Erkenntniß erlanget; solchemnach keinem Theile eine verwegene Streitsucht beyzumessen ist; und aus diesem Grunde die beyderseits aufgewandten Unkosten gegen einander zu compensiren und aufzuheben gewesen sind: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LX.

Die Erblosung kann auch nach einer gerichtlichen Auflassung von demjenigen, welchem selbige unbekannt geblieben, an den Grundstücken, die des Verkäufers Vater sich erworben gehabt, binnen einem Jahre gesucht werden, jedoch muß dieses nicht zum Besten eines Dritten geschehen, als welches der Retrahent endlich von sich abzulehnen hat.

§. 1.

Die Erblosung oder das Erbfreundrecht (retractus gentilitius) findet auch nach vollbrachter Veräuserung, binnen einem Jahre, von Zeit der erlangten vollkommenen Wissenschaft, wider den Besitzer des Grundstückes Statt u). Ist daher auch gleich das Grundstück dem Käufer schon gerichtlich überlassen worden, so versteht sich dieses doch unter der stillschweigenden Bedingung, daß er dasselbe haben und behalten solle, woferne nicht ein Anderer vorhanden, dem ein näheres Recht daran zuständig

u) II. F. 26. §. Titius.

ständig wäre. Denn die Obrigkeit mag einem Dritten, der wegen seiner Unwissenheit, weder ausdrücklich, noch stillschweigend zu der Veräuserung seine Einwilligung gegeben, sein Recht nicht entziehen.

§. 2.

Weil jedoch dieser Retract nur demjenigen, welcher mit dem Verkäuser von dem Erwerber des Grundstückes abstammet, und welcher eben die Bedingungen, unter welchen das Grundstück dem Fremden überlassen worden, zu erfüllen nicht nur erböthig, sondern auch im Stande ist, in den Rechten vergönnet wird x); so muß der Retrahent auch blos vor sich und nicht aus Gunst gegen einen Dritten, um diesen, Statt seiner, das Grundstück zuzuwenden, dasselbe einlösen können und wollen y).

Rechtsfall.

Ein Vater, Hanß F**, verkauft das Gut, welches er von seinem Vater ererbet hatte. Er läst auch dem Käufer, Moses F**, die Lehn daran auf, und übergiebt es ihm würklich zum eigenthümlichen Besitz. Seine Tochter, die Marie Sibille A** stellt nun aber wider den Käufer binnen einem Jahre die Näherrechtsklage an. Der beklagte Käufer sucht sich mit der gerichtlichen Resignation, und überdem damit zu schützen, daß Klägerin kein Vermögen hätte, womit sie das Gut an sich kaufen könnte, sondern dasselbe nur einem Dritten, dem Adam F**, welcher das Gut gerne haben möchte und ihr, unter einem versprochenen Vortheile, die Kaufgelder zur Einlösung hergeben dürfte, zu verschaffen. Ueber welche Vorstellung er ihr den Eyd zuschiebet. Worauf nach A** im August 1773 folgender masen erkannt wurde.

Urthel.

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen Actorn Vormunds Marien Sibillen A**, Klägers an einem, Anwalds Moses F**, Beklagtens am andern Theil, f. u. rc.

Würde

x) V. l. 13. 14.

y) Hiedurch unterscheidet sich fürnemlich der retractus gentilitius, von dem retractu conuentionali, daß zwar dieser, nicht aber jener, einem andern abgetreten, und also auch zum besten eines andern ausgeübet, oder nicht ausgeübet werden kann. WERNHER in *sel. obs. for. part. 9. obs.* 164. Siehe auch Walchs Näherrecht. Seite 103. der Ausgabe vom Jahr 1775.

Würde Klägers Constituentin, zuförderst, als ihr zu thun oblieget, den Umstand, daß sie das Näher- und Vorkaufsrecht an dem von ihr in Anspruch genommenen Fuchsischen Guthe und dessen Zubehör blos für sich und nicht zum Besten eines Dritten suche, mittelst Eydes, nach vorgängigen des Beklagtens Constituentens Eyd vor Gefährde, erhalten: so ist Beklagtens Constituent alsdenn sothanes Gut nebst dessen Zubehör, gegen Rückempfang dessen, was derselbe etwa an Kaufgeldern bezahlet, ingleichen des Lehngeldes und der Schreibgebühren, an sie, Klägers Constituentin, abzutreten verbunden. Die auf diesen Proceß verwandten Unkosten aber werden aus bewegenden Ursachen gegen einander hiermit verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl 1) Beklagter in den Gedanken stehet, daß, weil der Klägerin Vater, Hanß F** als sein Verkäufer, den Kauf über das qu. Gut mit ihm geschlossen zu haben fol. 7 b act. sub F. nicht abredig seyn können; ihm, Beklagtem, auch, juxt. fol. 19 eor. act. die Lehn bereits aufgelassen und sothanes Gut zum Besitz und Eigenthum übergeben, nicht minder ihm eine landübliche Gewähr geleistet, und er, besage der Lehnscheine sub A und B eor. act. damit beliehen worden, sodann Verkäufer ihm selbiges aussergerichtlich übergeben, und er, Beklagter, solches den Sommer und Winter über bestellet, und die Früchte davon eingeerndtet, ihm nunmehro dieses Gut nebst Zubehör, indem nach geschehener gerichtlichen Uebergabe und Auflassung der Retract weiter nicht Statt habe z), nicht genommen werden könne; dieses auch 2) um so mehr gegründet zu seyn scheinet, da Beklagter den Hauptumstand, daß nämlich besagtes Gut ein Stammhut sey, welches von der Klägerin Urgroßvater herrühre, in seiner eventuellen Einlassung fol. act. 132 und 136 geleugnet hat; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. ad 1) durch die gerichtliche Auflassung der Grundstücke nur nach chursächsischen Rechten das Näherrecht erlöschet a), masen der-

 gleichen

z) CARPZOV *part.* 2. *const.* 31. *def.* 12. und 13.

a) *Constit. elect.* 31. *part.* II.

gleichen gerichtliche Handlung einem Dritten, welcher darzu nicht vorgeladen worden, keinesweges in seinem Rechte schaden mag, sondern demselben, bekannter masen, nach den gemeinen Rechten, den Retract binnen einem Jahre, von Zeit der erlangten vollkommenen Wissenschaft, auszuüben freystehet; Klägerin sich aber darzu, juxt. fol. 35 act. sub F. vor Ablauf eines Jahres gemeldet hat; ferner ad 2) ein Stammgut überhaupt in einem solchen Gute, welches auf jemanden von seinen Vorfahren durch Erbgangsrecht gekommen ist, bestehet; und man dahero, gemeinen Rechten nach, auch schon die von dem Vater des Verkäufers erworbenen Grundstücke, retrahiren kann b); Beklagter nun aber, daß der Klägerin Vater und Großvater sothanes Gut eigenthümlich besessen fol. act. 135 eingestanden und also darauf, daß es auch von der Klägerin Urgroßvater herrühre, nichts ankommt, ungeachtet dieses zugleich aus dem vom Beklagten fol. act. 139 recognoscirten Document sub A fol. act. 60 erhellet, masen darinne enthalten ist, daß der Klägerin Großvater, Johann F** sen. solches von seinem Vater, und also der Klägerin Urgroßvater Jacob F** erhalten habe, und obgleich dessen Vermögen aus zwey Häusern bestanden, ihm, Beklagten, aber juxt. fol. 17. Vol. F. nur ein Haus mit verkauft worden, dieses jedoch dadurch, daß, nach besagtem Documente sub A, Johann F** mit seiner Schwester Elisabethen getheilet, und also auch auf diese ein Haus gekommen ist, sich klar erlediget; indessen, weil es doch, den Acten nach, scheinet, daß Klägerin nicht für sich, sondern zum Besten eines Dritten den Retract ausüben dürfte, solches aber einem Retrahenten nicht verstattet ist c), Beklagter sich deshalb fol. act. 76 mit Recht einer Eydesdelation bedienet hat; in Fall sie aber diesen Eyd mit gutem Gewissen abschwören sollte, Beklagter der Klägerin das Gut nebst Zubehör, jedoch, weil Klägerin das Kaufgeld noch nicht gerichtlich niedergeleget, nur ohne die bereits erhobenen Nutzungen abzutreten hat d); im übrigen die Unkosten des Processes, in Betracht, daß beyde Theile nicht muthwillig gestritten haben, gegen einander aufzuheben gewesen sind: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LXI.

b) LYNCKER *decis.* 160. RICHTER *part.* 2. *decis.* 76. *num.* 39.

c) STRVV in *iurispr. for. lib.* III. *tit.* XI. §. 37.

d) STRVV in *iurispr. for. lib.* III. *tit.* XI. §. 32.

LXI.

Rechtliches Gutachten

nach L** im Februar 1764.

Wenn jemanden ein Gut aus besonderer Liebe, weil er sich um den Veräusernden verdient gemacht, überlassen worden, so kann dabey kein Näherrecht, weder zur Zeit der Veräuserung, noch nach des Veräuserers Tode, ausgeübet werden.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst einer Frage zugeschickt, und darüber unsere Rechtsbelehrung g. w. d. s. w. v. R.

Hat Johann Nicol Seitze, zu Laasdorf, sein daselbst habendes Gut, sammt allen Pertinentien, Hanß Andreas Möbiussen, in Ansehung, daß ihm selbiger bey den vorigen Kriegeszeiten an die Hand gegangen, und weil er, hohen Alters wegen, die ziemlich verdorbenen Güter selbst länger zu bearbeiten und zu bestellen nicht vermocht, mittelst eines Alimentationscontractes dergestalt erb- und eigenthümlich übergeben, daß Möbius die Schulden übernehmen und bezahlen, die Güter ohne Entgeld bearbeiten und bestellen, auch zu Seitzens und seines Weibes Unterhalt, so lange beyde lebten, die sämtlichen Früchte, wenn aber eins von ihnen beyden verstürbe, die Hälfte derselben davon abgeben und liefern, nicht weniger sie pflegen und warten lassen, auch mit Holz und Lichte versehen sollte. Haben darauf Hanß Christian Friedel und dessen Geschwister an beregten Seitzischen Gütern ein Näherrecht ex iure congrui ausüben wollen. Ist ihnen aber von den Gerichten die Weisung, daß bey so gestalten Sachen und diesem Alimentationscontracte das gesuchte Näherrecht nicht Statt habe, gegeben worden. Haben ermeldeter Friedel und dessen Consorten von sothaner gerichtlichen Weisung an die hochfürstliche Landesregierung zu A** appelliret. Ist aber, mittelst Rescripts von 8ten Jenner 1764, diese Berufung verworfen und darinne an die Gerichte dieser Befehl:

> Dieweil aber zur Zeit und bis des verkaufenden Seitzens Tod erfolget, ein Näherrecht nicht Statt finden kann, als wollet ihr Friedeln und Consorten in die obschon ertheilte Weisung ver- und einstweilen mit ihrem disfalsigen Suchen ab- und zur Ruhe weisen:

 erlassen

erlassen worden. Möchten nun, nach Seißens binnen 5, 6, 7, und mehr Jahren erfolgenden Tode; wenn Möbius die verdorbenen Güter ohne Entgeld bearbeitet und bestellet, sein Vermögen hineingesteckt und solche dadurch gebessert; ermeldete Friedelische Erben und Apppellanten, die Worte des Rescripts für sich deuten und alsdenn ein Näherrecht zu erwähnten Güter zu haben vermeinen, und Möbiussen dieserwegen in rechtlichen Anspruch nehmen. Dannenhero gefraget wird:

Ob bey diesem Alimentationscontracte, wenn die Friedelischen Erben nach Seißens Tode eine Nähergeltungsklage wider Möbiussen anstellen sollten, diese alsdenn Statt finden könne, oder nicht?

Ob nun wohl an verschiedenen Orten, besonders in Thüringen, denenjenigen, welche an einem verkauften Grundstücke das Gespilde haben, das Näherrecht oder der Vorkauf zustehet e); dieses auch in dem Altenburgischen durch klare Gesetze verordnet ist f); sowohl solches Friedeln und dessen Geschwistern durch das oberwehnte Rescript, indem sie nur einstweilen mit ihrem disfalsigen Gesuche abgewiesen sind, nicht abgesprochen, sondern nur bis nach Verkäufer Seißens Tode vorbehalten worden zu seyn scheinet; ein entscheidendes Rescript aber, welches nach vorhergehender genugsamen Untersuchung erlassen und den Partheyen gehörig eröfnet worden, nach zehen Tagen, von Zeit der Publication, wenn vorher kein Rechtsmittel dargegen eingewendet ist, die Würkung eines rechtskräfftig gewordenen Urthels erlanget g); mithin daß den Friedelischen Erben, nach des Verkäufers Seißens Tode eine Nähergeltungsklage wider Möbiussen zustehe, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. wenn jemand vermöge des Gespildes oder auch aus anderer Ursache, das Näherrecht ausüben will, die Veräuserung des Gutes, von der Beschaffenheit seyn muß, daß er bey selbiger eben so gut die Bedingnisse erfüllen kann und will, unter welchen die Sache dem andern überlassen werden soll h); folgbar, wenn die Sache dem Andern

e) RICHTER *decis.* 76. *num.* 59 - 64. BERGER *in oecon. iur. lib.* 3. *tit.* 5. §. II. *not.* 3.

f) Altenb. Landordn. *par.* 2, *cap.* 2. *tit.* 14. *pag.* 161.

g) *l.* 2. *C. ut lite pend. c.* 5. X. *de sent. et re iud.* CARPZOV. *par.* I. *const.* 26. *defin.* 19. BERGER *in oecon. iur. lib.* I. *tit.* I. §. 23. *not.* 5.

h) *Constit. Friderici Sancimus* V. *F.* 13. ENGAU *in elem. iur. germ. lib.* 3. §. 97. *et in decis. par.* 2. *decis.* 194. *num.* 2.

Andern aus besonderer Liebe, weil er sich um den Veräusernden verdient gemacht, überlassen wird, das Näherrecht nicht Statt hat i); solchemnach auch im gegenwärtigem Falle, da Seiß dem Möbius die Güter zugleich in Ansehung dessen, daß er ihm in den vorigen Kriegszeiten an die Hand gegangen, erb und eigenthümlich überlassen hat, eben dieses zu behaupten ist; so wohl dasjenige, was sich jemand bereits auf rechtmäsige Art erworben, ihm von dem Andern, welcher schon zur Zeit des Erwerbers kein Näherrecht daran gehabt, nach des Veräuserers Tode um so weniger in Anspruch genommen werden mag, als bey einer wegen Verdienste geschehenen Veräuserung, diese Ursache der Vergeltung auch nach des Veräuserers Tode nicht aufhöret; die Rescripte darneben niemals den Rechten entgegen und zu Schmälerung der Befugnisse, so einem daraus zustehen, auszulegen sind k); einfolglich auch daß gegenwärtiges Rescript, nach den in der Geschichtserzählung angebenen Umständen dahin, daß den Friedelischen Erben nach Seißens Tode ein Näherrecht zustehen sollte, nicht verstanden werden kann: So sind wir, oberregten Rechtsgründen nach, der Meinung, daß bey diesem Alimentationscontracte, wenn die Friedelischen Erben nach Seißens Tode eine Nähergeltungsklage wider Möbiussen anstellen sollten, selbige wider ihn nicht Statt finde. V. R. W.

LXII.

Rechtliches Gutachten

nach R** im Jenner 1764.

1. Wenn der Erbzinsmann das Erbzinsgut an einen Fremden, wofür auch sein Schwager zu halten, verkauft hat, so stehet dem Erbzinsherrn, wofern keine besondere Umstände solches hindern, daran das Vorkaufsrecht zu.

2. Die Erben des Erbzinsmannes, welcher sein Erbzinsgut verkauft hat, können das Vorkaufsrecht des Erbzinsherrens durch eine mit dem

i) REINKING *de retr. conf. qu.* 4. *n.* 93. LEYSER *spec.* 192. *med.* 2. SCHAUMBURG *in annot. ad* STRUVII *iurispr. lib.* 3. *tit.* II. §. 35. *verb. aestimatione.*

k) *l.* 7. *C. de prec. imper. offer. l.* 6. *C. si contra ius.* Add. LEYSER *spec.* 12. *med.* 5 *et* 6.

dem Käufer unternehmende Aufhebung des Kaufcontracts nicht rückgängig machen.

3. Der Erbzinsherr braucht dem Käufer wegen des Auszuges, welchen sich der Erbzinsmann in einer Fruchtabgabe auf seine Lebenszeit ausbedungen gehabt, bey dem Retracte des verkauften Erbzinsgutes, ohne Erweiß eines deshalb schon gehabten Aufwandes, nichts zu bezahlen.

Als Uns nachstehende Geschichtserzählung samt zurückgehenden Actenstücken von Num. 1. bis 3 und dreyen Fragen zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, d. f. W. v. R.

Hat Hanß Nicol Luding zu Trogenau, ein Unterthan der adelich Reizensteinischen Lehen und Gerichtsherrschaft in Culmbach Bayreuthischen, seinen halben Hof, welcher ehedem bey dem Regnitzlosauischen Rittergute gewesen und als ein Vorwerk bestellet worden, für sich und seine Erben, männlichen und weiblichen Geschlechts, dergestalt, daß er solchen erb- und eigenthümlich inne haben, seinen Besten nach gebrauchen, in guter Besserung halten, nichts davon schwächen oder davon entziehen lassen sollte, gegen einen jährlichen Erbzins von fünf Gulden Fränkisch, und daß er der Lehn auf begebende Fälle gebührende Folge mit Erlegung eines Rheinischen Goldgüldens auf alle Todes- Erb- Kauf- Tausch und andere Veränderungsfälle zum beständigen Todesfall und Lehngeld unweigerlich thue, von Herrn Georg Wilhelm von Reizenstein am 18den May 1755 zu Lehn erhalten, wie der darüber ausgestellte Lehnbrief des mehrern besaget. Hat darauf gedachter Luding, welcher keine männliche Erben, sondern nur zwey Töchter hat, wovon die eine an Hanß Nicol Stöbeln verheyrathet, die andere aber noch ledig und 19 Jahr alt ist, den 16den Julii im Jahr 1763 seinen oberwehnten halben und so genannten Redwitzischen Hof, an diesen seinen Eydam, Hanß Nicol Stöbeln, für Eilfhundert Gulden Fränkisch dergestalt verkauft, daß er, Luding, bis Lichtmeß 1764 noch haushalte, alsdenn aber ernannter sein Eydam denselben nebst der Wintersaat überkommen und übernehmen, jedoch ihm, Verkäufern, zugleich Lebenslang 1 Achtel Waitzen, 3 Scheffel halb Korn und halb Gersten, als einen Auszug abgeben, und ausserdem das, was er sonst an Victualien nöthig hätte, unentgeldlich reichen und geben solle. Hat die adeliche Reizensteinische Lehn- und Gerichtsherrschaft, als ihr dieser geschlossene Kaufcontract zur Ratification und Confirmation angezeiget

gezeiget worden, den Contrahenten, daß sie das Einstandsrecht wider den Ludingischen Eydam Stödeln ausüben, und sich zur Erfüllung eben der Bedingungen anheischig gemacht haben wollte, so gleich zur Resolution ertheilet, und selbiges annoch innerhalb drey Monaten, nach Vorschrift der dasigen Hochfürstlichen Landesconstitution, nämlich den 15den September 1763, dem mehrerwehnten Luding, um sich seines Orts darnach richten zu können, wiederhohlt eröfnet. Ist darauf dieser Luding im October 1763, ohne daß weiter in dieser Sache etwas vorgegangen, verstorben. Wird nun, da, nach dem zwischen Luding und Stödeln geschlossenen Kaufcontracte, zu nächstkünftige Lichtmeß 1764 die Uebergabe des gedachten halben Hofes geschehen soll, gefragt:

1) Ob das von der adelich Reizensteinischen Lehn- und Gerichtsherrschaft gesuchte Einstandsrecht Statt habe?

2) Ob die Ludingischen Nachgelassenen, gegen Bezahlung des bestimten Kaufgeldes der Eilfhundert Gulden Fränkisch, den väterlichen halben Hof an die retrahirende Lehn- und Gerichtsherrschaft zu Lichtmeß 1764 abzutreten und zu räumen verbunden?

3) Ob die retrahirende Lehn- und Gerichtsherrschaft, wegen des bey dem Kaufcontract bedungenen Auszuges, den Ludingischen Nachgelassenen etwas abzugeben oder zu bezahlen schuldig sey?

Ob nun wohl, die erste Frage anlangend, wenn der Erbzinsmann das Erbzinsgut seinem Sohn, oder einem andern Verwandten verkauft, dieses nur als eine von ihm schon bey seinem Lebzeiten demselben eingeräumte Succeßion anzusehen ist, und der Erbzinsherr weder in diesem Falle l), noch alsdenn, wenn der Verkauf aus besonderer Liebe und einer gegen den Käufer ausgeübten Freygebigkeit, oder zugleich gegen solche Dienstleistungen geschiehet, welche von einem andern nicht eben so gut erfüllt werden können, das Vorkaufsrecht auszuüben befugt ist m); sodann, da sich die Reizensteinische Herrschaft in dem Lehnbriefe, welcher Ludingen über den halben Hof ausgestellet worden, zwar bey allen Verände-

l) CARPZOV. *par.* 2. *const.* 32. *def.* 19. RICHTER *decis.* 76. *num.* 53. STRUV. *in iurispr. rom. germ. for. lib.* 3. *tit.* 11. §. 22. BERGER *in oecon. iur. lib.* 3. *tit.* 5. §. 14. *not.* 22.

m) REINKINGK *de retractu consangu. qu.* 4. *n.* 93. LEYSER *spec.* 192. *med.* 2. *et* 3.

änderungsfällen, besonders auch bey dem Verkaufe, das Lehngeld, nicht aber das Näherrecht, vorbehalten, daß selbiger das Einstandsrecht nicht zustehe, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. Luding nicht seiner Tochter, sondern ihrem Manne, den halben Hof verkauft hat; welcher kein Verwandter, sondern nur ein Schwager ist; unter Schwägern aber, nach dem bekannten Sprichworte: **Schwägerschaft hindert wohl an der Ehe, hilft aber nicht zum Erbe,** keine Succeßion Statt findet n); folgbar der Verkauf des halben Hofes nicht an einem solchen, der ihn, nach des Ludings Tode, zu erben Hofnung hatte, sondern an einen Fremden geschehen ist; wo dem Erbzinßherrn das Vorkaufsrecht nicht nur nach den gemeinen Rechten o), sondern auch nach der Culmbach Bayreutischen Landesconstitution tit. VI. von Einstand und Näherrecht §. 9. mit diesen Worten: wenn ein Lehn oder anderes Erbzinsgut, ausser denen leiblichen Kindern oder andern, so bereits in der Mitbelehnschaft begriffen, an einem Fremden verkauft wird; soll der Lehn- oder Erbzinsherr, als lang er in dem Verkauf weder expresse noch tacite consentiret hat, das Einstandrecht haben ꝛc. zustehet; und also die Reizensteinische Lehn- und Gerichtsherrschaft, sich selbiges in dem Lehnbriefe vorzubehalten, nicht nöthig gehabt; dieselbe auch in den Verkauf weder ausdrücklich noch stillschweigend gewilliget, sondern sich vielmehr, nach der Geschichtserzählung, binnen gesetzmäßiger Zeit zum Vorkaufe, unter dem Anerbiethen gleiche Bedingungen zu erfüllen, erkläret hat; hiernächst aus der mit überschickten Acten Abschrift sub. num. I. daß Luding seinem Eydam aus besonderer Zuneigung und einer hinzugekommenen Freygebigkeit, oder sonst unter einigen von andern nicht zu erfüllen stehenden Bedingungen den halben Hof verkauft habe, nicht zu ersehen ist: So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß das von der adelich Reizensteinischen Lehn- und Gerichtsherrschaft gesuchte Einstandsrecht Statt habe.

Die zweyte Frage betreffend, obwohl Luding, besage des Lehnbriefes, den halben Hof für sich und seine Erben, männlichen und weiblichen Geschlechts, überkommen, und also auch seine beyden hinterlassenen Töch-

n) *l. 7. C. communia de successionibus.*

o) *l. fin. C. de iure emphyteut.* FABER *in cod. lib. 4. tit. 42. def. 59. num. 3. et 12.* WERNHER *in sel. obs. for. par. 3. obs. 235.* STRYV. *in iurispr. for. lib. 3. tit. 11. §. 25.*

Töchter aus seiner Belehnung ein Recht auf den halben Hof erhalten; sodann verschiedene angesehene Rechtslehrer der Meinung sind, daß, bevor der Kaufcontract noch nicht von beyden Theilen vollzogen worden, selbiger auch durch beyderseitigen Willen wiederum aufgehoben, und hiedurch der Retract rückgängig gemacht werden könne p); folgbar, daß, da der halbe Hof noch nicht übergeben, auch das Kaufgeld dafür noch nicht entrichtet worden, die Ludingischen Nachgelassenen mit dem Käufer den Contract wiederum aufheben, und sie solchergestalt, wider ihren Willen den halben Hof gegen das Kaufgeld an die retrahirende Lehn- und Gerichtsherrschaft abzutreten, nicht verbindlich wären, es scheinen dörfte:

D. a. u. d. das Recht welches die Anverwandten aus der Belehnung des Erbzinsmannes erhalten, nicht von der Beschaffenheit ist, daß sie die von dem Erbzinsmanne vorgenommene Veräusserung umstossen könnten q); dieses auch in gegenwärtigem Falle, da Luding der erste Erwerber des halben Hofes gewesen, um so weniger von seinen Erben geschehen kann; vielmehr da sie seine Handlungen zu halten schuldig sind, auch der Contract, weil Luding ihn selbst bey seinem Leben mit seinem Eydam nicht wiederum aufgehoben, sondern vielmehr bey dem von seiner Herrschaft geäusserten Einstandsrechte, ohne Widerspruch stille geschwiegen hat, von ihnen, zum Nachtheil der retrahirenden Herrschaft, füglich nicht aufgehoben werden kann; zumal da auch andere berühmte Rechtslehrer überhaupt die Aufhebung des geschlossenen Verkaufs zum Nachtheil des Retrahenten für ungültig halten r), und dem Erbzinsherrn, wenn die Anverwandten, der Verwandschaft willen, das Näherrecht ausüben wollen, wegen seines ihm an dem Gute bereits zustehenden Obereigenthums, und daß die Anverwandten nur aus dessen Gunst in der Belehnung mit begriffen worden, billig den Vorzug einräumen s); welcher hier der Lehns- und Gerichtsherrschaft, da ehedem der halbe Hof ein Zube-

 hör

p) STRUV *in synt. iur. civ. exerc.* 23. §. 66. BERGER *in elect. disc. for. tit.* 40. *obs.* 5. *not.* 2. LEYSER *spec.* 195. *med.* 9.

q) arg. §. 3. *l. de loc. cond.* et *l. f. C. de iure emphyt.* BACHOV. *vol.* I. *disp.* 29. *th.* 10. *lib.* 6. verb. *ideoque eam.* LAUTERBACH *in colleg. theor. pract. lib.* 6. *tit.* §. 17.

r) *Sande in decis. aur. lib.* 3. *tit.* 5. *def.* 6. SCHOEPFER *in synopsi iur, priv. rom. lib.* 18. *tit.* 1. *num.* 48. ENGAU *par.* 1. *decis.* 335. *n.* 2.

s) BERLICH *par.* 2. *concl.* 39. *num.* 4. et *in decis. aur. decis.* 98. *num.* 15. *seq.* STRYK *in usu mod. lib.* 18. *tit.* 2. §. 21. HENRIC. HILDEBRAND *in diss. de varii retractus concurrentis praelatione, cap.* 2. §. 9.

hör ihres Rittergutes gewesen und als ein Vorwerk bestellet worden, um so mehr zugestanden werden muß: So achten wir in den Rechten gegründet zu seyn, daß die Ludingischen Nachgelassenen, gegen Bezahlung des bestimmten Kaufgeldes der eilfhundert Gulden Fränkisch, den väterlichen halben Hof an die retrahirende Lehn- und Gerichtsherrschaft zu Lichtmeß 1764 abzutreten und zu räumen verbunden sind.

Endlich die dritte Frage anlangend, obwohl bekannten Rechten nach, derjenige, welcher das Näherrecht ausüben will, auch eben die Bedingungen erfüllen muß, welche der Fremde dem Verkäufer versprochen; die Lehn- und Gerichtsherrschaft aber sich dazu bereits angebothen hat; folglich, daß selbige auch wegen des bey dem Kaufcontracte bedungenen Abzuges, den Ludingischen Nachgelassenen eine Vergütung zu thun verbunden sey, dafür gehalten werden dörfte:

D. a. u. d. der Retrahent an die Stelle des fremden Käufers tritt; und dahero nicht zu etwas mehrern verbindlich seyn kann, als was selbiger dem Verkäufer zu leisten schuldig gewesen; der Auszug aber, welchen sich Luding von seinem Schwiegersohn, als dem Käufer, bedungen, nur in einer jährlichen Fruchtabgabe, welche ihm dieser Lebenslang entrichten sollte, bestehet; und nun mit Ludings Tode, ohne daß seine Nachgelassenen, besonders sein Eydam, etwas aufgewendet hat, von selbst wegfällt: So finden Wir den Rechten gemäß zu seyn, daß die retrahirende Lehn- und Gerichtsherrschaft, wegen des bey dem Kaufcontract bedungenen Auszuges, den Ludingischen Nachgelassenen etwas abzugeben oder zu bezahlen nicht schuldig sey. V. R. W.

LXIII.

LXIII.

Rechtliches Gutachten

nach N** im Junius 1763.

Wenn jemanden an einem Acker das Gespilderecht zustehet, und selbiger wird nebst andern Grundstücken verkauft, so kann er nicht auch diese Grundstücke retrahiren, ob er, selbige gleich auch mit bezahlen und die übrigen Kaufbedingungen erfüllen zu wollen, sich anerbiethet, sondern er kann nur an dem Acker den Vorkauf ausüben, so daß er dabey zwar die Obliegenheit, nicht aber das Befugniß, die übrigen Grundstücke mit zu erkaufen, hat.

Als uns ein Stück Acten sub N. 14. B. nebst zwey Fragen zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen Wir vor Recht:

Hat der Herr Major Hanß Georg von Bodenhausen wider Barbaren Elisabethen Birnscheinin, welche von Johann Christoph Radestocken ein Hauß, Hof, Scheune Stall und Garten samt Zubehör, nebst ¼ Acker in Karren gelegenen Wiese, unter verschiedenen abgeredeten Bedingungen, für 410 Mfl. Gülden gekauft, dahin Klage erhoben, daß, weil ihm an dem ¼ Acker in Karren gelegenen Wiese das Gespilde zustünde, und er zu eben der Kaufsumme und übrigen Bedingungen samt und besonders von sämtlichen Grundstücken sich anerbiethe, die Beklagtin, von dem getroffenen Kauf abzustehen, und ihm, Klägern, die sämtlichen Grundstücke käuflich zu überlassen, möchte angehalten werden. Ist darauf in einem Leipziger Urthel fol. 45. dahin erkannt worden:

Dieweil dem Kläger, nach seinen eigenen Anführen *fol. 3 b*, nicht an den gesamten von der Birnscheinin *fol. 2 b* erkauften Grundstücken, sondern nur an einem einzigen viertel Acker Wiese, das angegebene Gespilderecht zustehet; so hat dessen Suchen *fol. 4.* immaßen es angebracht, nicht Statt, es ist auch derselbe der Beklagtin die hiedurch verursachten Unkosten, nach vorhergehender deren Liquidation und richterlichen Ermäßigung, abzustatten verbunden. V. R. W.

Ist nun aber Kläger, der Herr Major von Bodenhausen mit diesem Urthel unzufrieden, und, da er deshalb darwider binnen gesetzmäsiger Zeit eine Leuterung eingewendet, wird gefraget:

1) Woher es gekommen, daß das *fol. 45.* befindliche Leipziger Urthel auf die Mase, wie es ausgesprochen worden, ausfallen können?

2) Ob auf die eingewandte Leuterung eine reformatorische Sentenz zu erwarten sey?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, derjenige, welcher einen Retract auszuüben hat, bekannter masen zu selbigen gelassen werden muß, wenn er eben die Bedingungen zu erfüllen erböthig ist, welche ein Fremder zu leisten sich anheischig gemacht hat; diesem auch keinesweges, daß er mit dem Verkäufer eher den Contract geschlossen, zumal wenn es hinter des Retrahenten Rücken geschehen, zu statten kommen kann; mithin daß anders, als in dem Leipziger Urthel geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. der Herr von Bodenhausen zum Grunde seiner Klage nur das ihm an dem ¼ Acker Wiese, nicht aber an dem übrigen verkauften Grundstücken, zustehende Gespilderecht gesetzet hat; jenes Gespilderecht an dem ¼ Acker Wiese aber, obschon der Contract auch hinter seinen Rücken geschlossen worden, und er wegen der übrigen Grundstücke eben das Kaufgeld zu bezahlen und alle übrige Bedingungen zu erfüllen erböthig ist, ihm an den übrigen Grundstücken kein Näherrecht giebet, indem das Gespilde nur bey denenjenigen Stücken Statt findet, von welchen der Retrahent erweisen kann, daß sie ehemals mit seinem Grundstücke ein Ganzes ausgemacht haben t); mithin auf die Abtretung der sämtlichen verkauften Grundstücke gegen eben das angebothene Kaufgeld und die übrigen Bedingungen nicht geklaget werden können: So ist aus jetztgedachten Gründen abzunehmen woher es gekommen daß das *fol. 45.* befindliche Leipziger Urthel, auf die Mase, wie es gesprochen worden, ausgefallen ist.

Die

t) STRVV. *in iurispr. rom. germ. for. lib.* 3. *tit.* 11. §. 27. ibique SCHAVMBVRG.

Die zweyte Frage betreffend, obwohl verschiedene nicht unerheblich scheinende Gründe von Leuteranten dem Urthel fol. 45. entgegen gesetzet werden, als

a) daß durch einen gerichtlich confirmirten und fol. 76. in Abschrift beygelegten Receß vom Jahr 1732 zwischen seinem Herrn Vater und der Gemeinde zu Niedertrebra ausgemacht worden, es sollte, wenn eine Wiese oder Acker verkauft würde, der Verkäufer solches zuvor demjenigen, der das Gespilde daran hat, und daferne dieser zum Kauf nicht Belieben trüge, den Nachbarn es anbiethen, welche denn um eben den Preiß, was ein Fremder dafür zu geben gedächte, den Vor- oder Näherkauf haben sollten;

b) daß er selbst, Leuteratin aber gar nicht, ein Grundstücke hätte, welches mit dem Radestockischen zum Verkauf gehenden Grundstücken spildete;

c) daß Hanß Nickol Radestock und Ernst Pfundheller, deren Grundstücke ebenfalls daran lägen, ihm, Leuteranten, ihr Näherrecht ex iure vicinitatis, fol. 40. abgetreten hätten;

d) daß er sich zu Erkaufung sämtlicher Grundstücke und zu eben dem Kaufgelde angebothen; und, nach Aussage des Zeugens ad art. 9. fol. 70, wenn einmal verschiedene Stücke mit einander verkauft wären, der Gespildsmann nicht eins alleine herausnehmen könnte, sondern alle zusammen behalten müßte;

e) daß der Kauf, zumal da er noch nicht gerichtlich confirmiret worden, ganz ungültig wäre, indem die Beklagte Leuteratin, ehe solcher vor der Kirche wäre ausgerufen worden, wie doch geschehen müssen, test. ad interrog. 4. fol. 67 b, in selbigen heimlich sich eingeschlichen hätte;

f) daß er solchergestalt nicht muthwillig gestritten, und also nicht in die Unkosten alleine verdammt werden können; mithin daß eine reformatorische Sentenz zu hoffen sey, es scheinen dörfte:

D. a. u. d. ad a) aus dem angeführten Receß nur erhellet, daß zu Niedertrebra bey dem Verkaufe einer Wiese, oder eines Ackers, selbige demjenigen, so das Gespilde daran hat, und, Falls dieser keine Lust darzu hätte, dem Nachbar, gegen eben das Kaufgeld, so ein Fremder darauf gebothen, zu überlassen sey, keinesweges aber, daß einem bey andern

dern Grundstücken als Wiesen und Aeckern, und woran ihm keine Gespilde oder Nachbarschaft zustehet, das Näherrecht auch zu statten kommen sollte; und dahero auch ad b) Leuterant nicht dieserwegen, daß er selbst ein Grundstück hat, welches mit einem von den Radestockischen zum Verkauf gehenden Grundstücken spildete, diese sämtliche Grundstücke retrahiren kann; zumal da, nach Leuterantens eigenem Zeugnißrotul, der Zeuge ad interrog. 8. fol. 69 b. aussaget, daß diese Grundstücke nicht so mit einander vereiniget wären, daß eins ohne das andere nicht verkauft werden könnte; folglich Leuterant die übrigen Grundstücke, woran er kein Gespilde hat, nicht einmal aus dem scheinbaren Grunde einer unzertrennlichen Verbindung mit einander fordern kann; auch ad c) die zu seinem Besten von den beyden Nachbarn geschehene Ceßion, oder vielmehr Renunciation, nur das ¼ Acker Wiese, nicht aber alle zum Verkauf gehende Radestockische Grundstücke betrift, und wenn solches auch wäre, Leuterant den Retract der sämtlichen Grundstücke in der Klage fol. 3. nicht aus dieser Renunciation, als welche erst lange nach der Klage erhalten worden, sondern wegen eines ihm an dem ¼ Acker Wiese zustehenden Gespildes gesucht hat; nicht weniger ad d) wenn mehrere Grundstücke mit einander verkauft werden, worunter nur eins oder das andere dem Retract unterworfen ist, die Miterkaufung der übrigen Grundstücke, nicht in einer Befugniß, sondern nur in einer Obliegenheit des Retrahentens bestehet u); als wohin auch selbst die Aussage des Zeugens lautet; und ad e) wenn auch der Verkauf wegen der nicht vorhergeschehenen Ausrufung vor der Kirche ungültig wäre, dennoch deshalb der Leuterant nicht alle Radestockische zum Verkauf gehende Grundstücke, woran ihm kein Gespilde zustehet, retrahiren kann; er auch ad f) nicht um deswillen, daß er ohne wahrscheinlichen Grund geklagt, sondern dieserhalb, daß er mehr gesucht, als er fordern können, und dadurch vergebliche Kosten verursachet hat, in selbige verdammet worden ist; zumal da auch nach der erläuterten Chursächßl. Proceßordnung ad art. 36. §. 5. bey Processen zwischen Gerichtsherren und Unterthanen die Unkosten nicht leichtlich compensiret werden sollen: So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß auf die eingewandte Leuterung schwerlich eine reformatorische Sentenz zu erwarten sey. V. R. W.

LXIIII.

u) STRYK. in iurispr. rom. germ. for. lib. 3. tit. 11. §. 34.

LXIIII.

Rechtliches Gutachten

nach S** im May 1763.

1. Wenn ein halber Hof mit einem Erbfolgsvertrage, daß nämlich der Käufer dereinsten den Verkäufer beerben solle, verkauft worden, so kann dabey das Näherrecht, oder so genannte Gespilde von dem Besitzer des andern halben Hofes nicht ausgeübet werden.

2. Wenn in diesem Falle der Käufer dem sich gemeldeten Gespilder, ohne Einwilligung des Verkäufers, den halben Hof freywillig abtritt, so verliehrt er dadurch die Vortheile des Erbfolgsvertrages.

3. Wenn ein Gut retrahiret wird, so kann das Lehngeld nicht gedoppelt, Theils von dem Käufer, Theils von dem Retrahenten gefordert werden.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst einigen Fragen zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen Wir vor Recht:

Hat Barbara Frischin, zu Spillmeß, mit Autorität ihres Vormundes, ihren, besage Lehnbriefs d. d. 27 Nouember 1761, besitzenden halben Hof mit allen Ein- und Zugehörungen, auch Vieh, Schiff und Geschirr, Mobilien und Moventien an Annen Christinen Hegnerin, aus Oberkoßkau, unter Vollwort deren bestätigten Vormundes, den 26ten März 1763 dergestalt unter gerichtlicher Confirmation, Auflassung und Belehnung für 1000 fl. Mßl. verkauft, daß diese Kaufsumme auf dem Gute, vor Verkäuferin nach Nothdurft aufzuheben, stehen bleiben, und Käuferin 200 Rthl. Capital in vollwichtigen Ducaten dem Hr. von Schönfels auf Reuth, laut Consenses d. d. 16 Iulii 1744, für das vorhandene Vieh zu bezahlen übernehmen, auch das Viertel Erbe der Verkäuferin, welches sie sich vorbehielte, mit bearbeiten und bestellen, dagegen aber dieselbe auch solches halb mit zu gebrauchen haben solle; im Fall sie sich aber mit ihr im Hause nicht gütlich vertragen könnte, die Gutsbesitzerin ihr folgenden jährlichen Auszug, als 2 Scheffel Korn, 1 Scheffel Gerste u. s. w. zu reichen, wenn sie aber mit ihr vorlieb

 nähme,

nähme, die Cammer über der Küche zur Lagerstatt, und bey Krankheiten das Bette in der Stube zu verstatten, sie zu pflegen und zu warten gehalten, auch Käuferin, nach ihrem der Verkäuferin dereinstigen Tode, nicht nur alles dasjenige, was von obgedachter Kaufsumme übrig bleiben würde, sondern auch ihr Viertel Erbe und freye Stücke alleine erben und bekommen, und davon sowohl, als von ihrer übrigen Verlassenschaft Niemanden das Geringste herauszugeben verbunden seyn sollte. Wird nun, da Titius die andere Hälfte des obgedachten halben Hofes, als vor uralten Zeiten davon gespaltenes Gut, so bis aufs Jahr 1761 als Erbe transferiret worden, besitzet, und gegenwärtig das Näherrecht ausüben will, gefraget;

1) Ob gedachter *Titius*, wegen des dem Kaufe angehängten *pacti successorii* sich des Näherrechts bedienen könne?

2) Ob, wenn Käuferin sich freywillig zu Abtretung des erkauften Frischinschen halben Hofes an *Titium* verstehen sollte, das *pactum successorium* dem ungeachtet in Ansehung des Viertel Erbes, der überbleibenden Kaufgelder vom halben Hofe, und des übrigen Nachlaßes bestehe? Und

3) Ob auf den Fall gütlicher Abtretung an *Titium* die Landesherrschaft mit Fug und Recht ein doppeltes Lehngeld fordern könne?

Ob nun wohl, so viel die erste Frage betrift, demjenigen, mit dessen Grundstücke ehedem ein anderes vereiniget gewesen, das Näherrecht, oder so genannte Gespilde, zustehet, wenn das davon getrennte Gut verkauft wird x); und also, daß Titius an dem verkauften halben Hofe der Barbara Frischin, welcher Hof, gedachter Masen, ehedem von dem Seinigen gespaltet worden, ebenfalls die Nähergeltung ausüben könne, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. in gegenwärtigem Falle nicht ein bloser Verkauf geschlossen, sondern, da Käuferin, Anne Christine Hegnerin, dasjenige, was von der Kaufsumme, übrig bleiben würde, erben soll, hiedurch der Verkauf per pactum successorium zugleich in eine bedingte Schenkung verwandelt worden ist; bey einer Schenkung aber, bekannter Masen, kein

x) RICHTER *decis*. 76. n. 58.

kein Näherrecht Statt findet: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß *Titius*, wegen des dem Kaufe angehängten *pacti successorii*, sich des Näherrechtes an dem in Frage begriffenen halben Hofe nicht bedienen könne.

Die zweyte Frage anlangend, obwohl die Käuferin durch freywillige Abtretung des halben Hofes nicht der ihr bey dem Verkaufe abgeredeten Bedingung entgegen handelt, als welche nur dahin gerichtet worden, daß die Verkäuferin, Falls sie mit der Käuferin vorlieb nähme, von dieser eine Cammer über der Küche zur Lagerstatt, bey Krankheiten die Verstattung des Bettes in der Stube, und ausserdem ihre Pflege und Wartung, bey nicht verträglichen Umgange aber, einen gewissen jährlichen Auszug, an Korn Gerste 2c. erhalten sollte; und also daß, wenn die Käuferin, an Titium den erkauften Frischinschen Hof abzutreten, sich freywillig verstünde, das pactum successorium in Ansehung des Viertel Erbes, der überbleibenden Kaufgelder von halben Hofe, und des übrigen Nachlaßes bestehen können, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. das pactum successorium mit dem Kaufe genau verbunden worden ist, und, bekannten Rechten nach, mit Aufhörung der Hauptsache, die mit ihr verbundene Nebensache sich gleichfalls endiget; auch die Verkäuferin schwerlich den Contract geschlossen haben würde, woferne nicht alles so bliebe, als wie es zur Zeit des Contractes gewesen, zumal da es scheinet, daß sie besonders um deswillen ein Vertrauen auf die Käuferin und keinen andern gesetzet hat: So sind Wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß, wenn die Käuferin, ohne Willen der Verkäuferin, den erkauften Frischinschen halben Hof an *Titium* freywillig abtritt, das *pactum successorium* in Ansehung des Viertel Erbes, der überbleibenden Kaufgelder vom halben Hofe, und des übrigen Nachlasses nicht bestehe.

Die dritte Frage betreffend, obwohl das Lehngeld bey Veränderung des Lehn- und Erbzinsmannes dem Lehnherren entrichtet werden muß y); und also, daß, wenn die Käuferin den halben Hof an Titium gütlich abtritt, die Landesherrschaft nicht nur von ihr, der Käuferin wegen der ersten, und von Titio, als dem Retrahenten, wegen der zweyten Veränderung das Lehngeld fordern könne; es scheinen möchte:

 D. a u. d.

y) *l. vlt. C. de iure emphyt.*

D. a. u. d. der Retract für keinen absonderlichen Kauf, mithin, für keine neue Veränderung des Lehn- und Erbzinsmannes zu achten ist, sondern durch den Retract der Retrahent nur in das Recht und die Stelle des Käufers tritt, alwo, Falls der Käufer das Lehngeld noch nicht entrichtet hat, dieses nur wegen des Kaufs, keinesweges aber wegen des Retractes selbst, noch besonders von dem Retrahenten gefordert werden kann z): So erachten Wir in den Rechten gegründet zu seyn, daß, Falls der halbe Hof von der Käuferin an *Titium* gütlich abgetreten würde, die Landesherrschafft ein gedoppeltes Lehngeld zu fordern nicht befugt sey. V. R. W.

LXV.

Die blose nicht durch letzten Willen geschehene Erlassung der Schuld giebt dem Schuldner keine sichere Befreyung.

§. 1.

Die blose Erlassung einer Schuld (remissio debiti) bestehet in einer ganz einseitigen Erklärung des Gläubigers, wodurch er zu erkennen giebet, daß er seinen Schuldner von der Verbindlichkeit, womit ihm dieser verhaftet, frey gegeben haben wolle.

§. 2.

Wenn dahero die Erlassung der Schuld nicht durch eine ganz einseitige Erklärung des Gläubigers (§. 1.), sondern auf eine vorgängige Bitte des Schuldners, oder, eines Andern in dessen Nahmen, geschiehet, so ist selbige für keine blose Schulderlassung, sondern für eine solche, die Vertragsweise geschehen, zu achten. Weil alsdenn schon zum voraus in der Bitte des Schuldners eine Acceptation stillschweigend enthalten ist a). Daß es also, nach der darauf erfolgten Schulderlassung, keiner nochmaligen Acceptation bedarf, sondern der Gläubiger, schon ohne

z) CARPZOV. in *iurispr. for. par.* 2. *const.* 33. *def.* 8. n. 1. RICHTER *decis.* 83. n. 57.

a) GROTIUS *de iure belli et pacis lib II. cap. XI. §. XIIII.*

ne selbige, sein auf den Fall bereits zum voraus von dem Schuldner angenommenes Versprechen zu halten, vollkommen verbunden b), und also bey dem Mangel einer solchen nochmaligen Acceptation die Schulderlassung zu widerrufen nicht berechtiget ist. Hier ist dermalen nur die Rede von einer blosen Schulderlassung.

§. 3.

Man hat sonst beständig dafür gehalten, daß dergleichen Schulderlassung den Schuldner befreye c). Die Ursachen, womit man diese Meinung zu begründen gesucht, sind, erstlich, weil die Rechte dem Richter auferlegten, in zweifelhaftem Falle eher vor, als wider den Beklagten zu sprechen, und diesen dahero eher zu entbinden, als zu verurtheilen d); zweytens, weil die Gesetze, auch eines Unwissenden und Unwilligen sein Bestes zu befördern, und dahero auch vor ihn zu bezahlen und ihn dadurch von der Schuld bey seinen Gläubiger frey zu machen verstatteten e); solchemnach nun auch ein Gläubiger seinem Schuldner, ohne daß dieser etwas darum wüßte und mittelst seiner Acceptation erst darzu seine Einwilligung gäbe, die Schuld erlassen könnte, bevorab da aus zuvor gedachter Gunst gegen die Befreyung die Acceptation zu vermuthen wäre.

§. 4.

Allein der erste Grund (§. 3.) ist auf die dermalige Sache gar nicht passend, indem derselbe blos den Richter bey einem Rechtsstreite angehet, daß dieser in dem Falle, da jeder Theil wahrscheinliche Gründe vor sich hat, bey dem daraus entstehenden Zweifel eher den Beklagten von der Klage zu entbinden, als nach selbiger verurtheilen solle. Sodann, obgleich, nach dem zweyten Grunde, niemanden, der über das Seini-

b) Siehe *pr. et* §. 1. *I. de verbor. obligat. l.* 1. §. 2. *D. eod.* und *l.* 7. §. 12. *D. de pactis.*

c) HAHN ad WESENBEC. *lib.* 2. *tit.* 14. *num.* 3. STRYV in *synt. iur. ciu. exerc.* 40. *th.* 8. und in *iurispr. for. lib.* 2. *tit.* 10. §. 17. STRYK in *vsu mod. pand. lib.* 39. *tit.* 5. §. 3. BERGER in *oec. iur. lib.* 2. *tit.* 2. §. 28. und in *resolut. leg. ad Lauterb. lib.* 2. *tit.* 14. *qu.* 4. in *animaduers.* ingleichen *lib.* 2. *resp.* 12. WERNHER in *sel. obs. for. tom.* 2. *part.* 8. *obs.* 391. BOEHMER *introd. in ius dig. lib.* 2. *tit.* 14. §. 26. SCHAVMBVRG in *compend. digest. lib.* 2. *tit.* 14. §. 24. und *lib.* 39. *tit.* 5. §. 6.

d) *l.* 47. *D. de obligat. et act.*

e) *l.* 53. et 23. *D. de solut.*

ge frey schalten und walten kann, verwehret ist, vor einen Schuldner auch wider dessen Wissen und Willen zu bezahlen, und ihn durch diese Bezahlung von der Schuld zu befreyen, es auch einem Gläubiger, der über das Seinige frey zu disponiren die Macht hat, keinesweges verbothen ist seinem Schuldner die Schuld zu schenken, und er so gar die Bezahlung derselben anzunehmen nicht genöthiget werden mag; so ist es doch eine ganz andere Frage: ob die blose Erlassung der Schuld dem Schuldner ein Recht giebet, die Bezahlung zu verweigern, wenn der Gläubiger ihn nach der Zeit in Anspruch nehmen sollte? Wobey ich unterscheide, ob diese Erlassung durch letzten Willen, mittelst eines Vermächtnisses geschehen, oder nicht durch letzten Willen, sondern, wie man zu sprechen pfleget, durch eine Handlung unter den Lebendigen. Im ersten Falle ist es ein so genanntes Liberationsvermächtniß (legatum liberationis). Welches der Testirer zwar bey seinem Leben wiederum aufheben mögen, allein wenn solches nicht geschehen, so kann dessen Erbe von dem Schuldner nichts fordern, sondern letzterer ist vielmehr befugt von dem Erben zu verlangen, daß dieser ihm die etwa darüber in Händen habende Handschrift, oder das Pfand heraus gebe f). Denn da der Testirer die Schuld aufgehoben wissen wollen, so muß auch die der Schuld wegen gegebene Versicherung zu Ende gehen. Weshalb auch der solcher Schuld halben gesetzte Bürge von der Bürgschaft frey wird g).

§. 5.

Hingegen ganz anders verhält es sich in zwotem Falle, da nämlich die blose Erlassung der Schuld ohne letzten Willen geschehen ist (§. 4). Man stelle sich, zur Erläuterung, vor, daß jemand ein Darlehn von 100 Rthl. schuldig ist, und darüber eine Handschrift seinem Gläubiger ausgestellet hat. Letzterer befindet sich einmal, ohne daß er, der Schuldner, dabey zugegen ist, in einer Gesellschaft guter Freunde. Worinne dieser und jener von seinem Schuldner spricht. Sein Gläubiger erwähnet seiner auch. Gedenkt aber dabey, daß, ob er gleich an ihm 100 Rthl. zu fordern hätte, so wolle er ihm doch, als seinem sehr guten Freunde, diese Schuld erlassen haben. Es hören dieses die Anwesenden, und geben ihm, dem Schuldner, davon Nachricht. Allein einige Tage darnach wird

f) §. 13. *I. de legat. l. 3. §. 3. D. de liberat. leg.*

g) *l. 2. pr. D. de liberat. leg.*

wird er dem ungeachtet von seinem Gläubiger der 100 Rthl. wegen gemahnet. Er, der Schuldner, weigert sich der Bezahlung, weil er ihm, wie er durch Zeugen beweisen könnte, diese Schuld erlassen hätte. Es entstehet also die Frage: ob sich dieser Schuldner mit Recht der Bezahlung weigern, und nun auch seine Handschrift von dem Gläubiger heraus fordern könne? Ich antworte, keinesweges. Denn daß durch eine blose Erlassung der Schuld, diese alsobald (ipso iure), oder mittelst entgegen gesetzter Einrede (ope exceptionis) aufgehoben werde, ist in den Rechten nirgends geordnet. Vielmehr gedenken sie bey Erlassung der Schuld eines Vertrages h). Und dieser muß auch nothwendig vorhanden seyn, wenn der Schuldner bey Erlassung der Schuld gegen die fernern Ansprüche seines Gläubigers gesichert seyn will. Denn da die blose Erlassung der Schuld nur in einer ganz einseitigen oder alleinigen Willenserklärung des Gläubigers bestehet (§. 1) so kann dieser auch durch seinen alleinigen Willen wiederum davon abgehen und sich dessen, was er vorhero gewollt, wiederum reuen lassen. Will also der Schuldner wider seinen Gläubiger ein Zwangsrecht erhalten, daß dieser von seinem Versprechen, wodurch er ihm die Schuld erläst, nicht wiederum einseitig abspringen kann, so muß er das Versprechen, entweder unmittelbar selbst, oder durch Andere gleich zu der Zeit, da selbiges geschiehet, annehmen. Denn dadurch wird dasjenige, so ihm versprochen worden, oder die erlassene Schuld, das Seinige, so ihm alsdenn wider seinen Willen nicht entzogen werden darf. Ich sage, gleich zu der Zeit, da selbiges geschiehet. Denn erfolgt die Annahme erst eine Zeitlang darnach, so kann der Gläubiger sich seines vorhingedachten Rechtes bedienen, und sprechen, daß er während der Zeit anderes Sinnes geworden wäre. Eine nachherige Annahme des Versprechens kann also anders nicht von rechtlicher Würkung seyn, als wenn der Gläubiger sich selbige ohne Widerspruch gefallen läst.

§. 6.

h) *l. 23. pr. D. de donation.* wo es heist: Modestinus respondit, creditorem futuri temporis vsuras et *remittere*, et minuere *pacto* posse. Dergleichen pactum remissorium hub nun auch bey den Römern die Verbindlichkeit nicht einmal ipso iure auf, sondern brachte nur die exceptionem pacti conuenti zu wege. Wie ausdrücklich in dem §. 3. *I. de exceptionibus* enthalten ist. Siehe auch GEORG STEPH. WIESAND diss. *de pacto remissorio.* Vitemb. 1773.

§. 6.

Mit dem was ich alleweile vorgetragen (§. 5.), und sich schon, vermöge der wesentlichen Eigenschaften eines Vertrages, auf das unveränderliche Recht der Natur gründet, sind auch noch weiter die Civilgesetze gar sehr übereinstimmend. Denn wer seinem Schuldner die Schuld erläßt, der schenkt ihm selbige i), weil er ihm etwas leistet, wozu er nach den Rechten nicht hat gezwungen werden mögen k). Eine Schenkung aber erfordert von Seiten sowohl des Schenkers, als des Beschenkten, eine Einwilligung, ohne welche sie nicht bestehet l). Und ist sie dahero unverbindlich, wenn der Beschenkte die Erklärung des Schenkers, wodurch dieser gegen ihn sich freygebig beweisen wollen, nicht angenommen hat, so gar, daß der Schenker ihm nicht haftet, ob selbiger gleich das Geschenk in sein Schuldenbuch eingetragen haben sollte m). Dahero denn auch neuere Rechtslehrer n) eine ohne Acceptation des Schuldners geschehene Erlassung der Schuld für unverbindlich halten. Welchem der Zweifel, daß, aus Gunst gegen die Befreyung die Acceptation zu vermuthen sey (§. 3), nicht entgegen stehet. Denn diese Vermuthung, aus welcher **Wernher** o) die blose Erlassung der Schuld für verbindlich halten will, ist eine Erdichtung, welche des Gläubigers seinem Rechte, seinen einseitigen Willen wiederum ändern zu können (§. 5.), keinen Eintrag thun darf, zumal da Erdichtungen zu machen, zwar den Gesetzen frey stehet, nicht aber den Menschen, welche nach den Gesetzen zu leben verbunden sind p). Der belobte **Wernher** auch selbst an einem andern Ort q) die wahre Acceptation bey einer Schenkung wohlgegründet für so nothwendig hält, daß, wenn selbige bey der Erklärung des Schenkers nicht gleich geschehen (§. 5.), die Schenkung auch nicht gültig sey, ob gleich

i) *l.* 12. *D. de nouat. c.* 10. X. *de testib. et attest.*

k) *l.* 29. *pr. D. de donat.*

l) *l.* 55. *D. de obligat. et act.*

m) *l.* 26. *D. de donat.*

n) IO. PET. WOLBERI diss. inaug. *de opinata remissionum debiti sine acceptatione et insinuatione iudiciali validitate.* Goetting. 1748. IO. CHRISTO. KOCH in *specim. compend. pand. med.* IV. IO. AVG. HELLFELD in *iurispr. for. sec. pand. ordin.* §. 1695. Ienae 1771.

o) in *sel. obs. for. tom.* II. *part.* 8. *obs.* 391. dem auch CAR. FERD. HOMMEL in *rhapsodia quaestionum*, *obs.* XI. beypflichtet.

p) Fictio est legis non hominis *l.* 8. *D. de castrensi peculio.* Siehe meine *institutiones iuris ciuilis* §. 61.

q) in *sel. obs. for. tom.* I. *part.* 1. *obs.* 157. *eiusq. supplem.*

gleich der Beschenkte, daß die Acceptation zu vermuthen stünde, nachhero vorgeben wollte.

Rechtsfall.

Die Witbe Schmidtmannin schließt mit Pfeiffern einen Schenkungs- und Alimentationscontract. Wobey sie sich unter andern mit ausbedinget, daß er die auf den von ihr mit überkommenen Hause haftende Schuld von 250 Rthlr. übernehmen und bezahlen sollte. Er verspricht auch solches, verstirbt aber vor dessen Erfüllung. Seine Erben verweigern sich diese Schuld abzutragen. Die Schmidtmannin siehet sich dahero veranlasset, wider die Pfeifferischen Erben zu klagen, daß sie diese Schuld bezahlten, damit sie von der persönlichen Klage, die sie noch allemal deshalb von ihrer Gläubigerin befürchten müßte, befreyet werde. Es wird auch in einem eingehohlten Leipziger Urthel im Julius 1772 erkannt, daß Beklagte die auf dem Hause haftenden 250 Rthlr. an die Gläubigerin der Klägerin bey 5 Rthlr. Strafe zu bezahlen verbunden.

Die Beklagte wenden darwider eine Leuterung ein. Sie führen drey Beschwerden an, wovon die erste die Bezahlung dieser 250. Rthlr. betrift. Sie bringen es auch dahin, daß die Gläubigerin mit ihrem Curator vor Gericht erscheinet, und sich, wiewohl ohne Beyseyn der Schmidtmannin, erkläret, wie sie die Pfeifferischen Erben, als die Beklagten, wegen der hypothekarischen Schuld nicht nur als ihre neuen Schuldner angenommen, sondern auch selbige bey ihnen, bis auf eine etwanige weiter von ihnen beyderseits beliebte Abänderung, stehen lassen und sie lediglich als ihre Schuldner, an welchen sie sich zu halten gesonnen, ansehen, keinesweges aber an der Schmidtmannin, als ihrer vorherigen Schuldnerin, diesfals etwas weiter fordern, weniger diese darum jemals in einigen Anspruch nehmen wolle.

Die Acten werden, nach geendigten Leuterungsverfahren an den hiesigen Schöppenstuhl geschickt, und selbiger ertheilet nach J** in Februar 1773 folgendes

Urthel

Auf eingewandte Leuterung, deren Porsecution — — sprechen wir vor Recht:

Daß es, der eingewandten Leuterung ungehindert, bey dem am 16den Julius 1772 eröfneten und *fol.* 137. *Vol. act. sub A. II.* befindlichen Urthel billig verbleibet; es könnten und wollten denn Beklagte, so viel ihre erste Beschwerde betrift, der Klägerin wegen der 250. Rthlr. eine völlig gültige Befreyung von dieser Schuld verschaffen, auf solchen Fall wären sie die auf dem Hause haftenden 250. Rthlr. an deren hypothecarische Gläubigerin bey 5. Rthlr. Strafe zu bezahlen nicht verbunden. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Beklagte, zu Begründung ihrer drey Beschwerden anführen, daß qu. grav. 1) ihr Erblasser der 250 Rthlr. wegen, nicht der Klägerin, sondern der Gläubigerin, welche selbige zu fordern hätte, Schuldner geworden wäre; folgbar Klägerin ihnen dieses Capital ohne Wissen und Willen der Gläubigerin nicht aufkündigen, vielweniger von ihnen, daß sie selbiges unter der angedroheten Strafe bezahlen sollten, mit Recht verlangen könnte, bevorab da sothane Gläubigerin fol. 156. act. sub A. II. mit ihrem gerichtlich bestätigten Vormunde dahin, daß sie sich dieser Schuld halber lediglich an Beklagte halten und desfalls von der Klägerin weiter nichts fordern, noch sie jemals in einigen Anspruch nehmen wolle, sich ausdrücklich erkläret habe; — — mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. ad grav. 1) Klägerin in dem mit der Beklagten Erblasser errichteten Schenkungs- und Alimentationscontract §. 8. fol. 12 b seqq. act. sub A II. sich ausdrücklich ausbedungen, daß er, der Beklagten beschenkter Erblasser, die auf den mit überkommenen Hause haftenden 250 Rthl. übernehmen und bezahlen solle; er dieses auch für sich, seine Erben

Erben und Erbnehmen ausdrücklich versprochen; folgbar Klägerin hiedurch, daß dieses geschehe, und sie auf solche Art von der Schuld gegen ihre Gläubigerin frey werde, allerdings ein vollkommenes Recht gegen Beklagte erhalten hat, und diese also in Rücksicht dieser zu der Klägerin Besten ihnen obliegenden Bezahlung unstrittig, wie ihr Erblasser, Schuldnere von ihr geworden sind r); der Klägerin auch sehr daran gelegen ist, daß sie durch diese Bezahlung ohne ferneren Aufschub von ihrer persönlichen Verbindlichkeit gegen ihre Gläubigerin frey, und deshalb ausser Sorge gesetzt werde; zumal da sie ihrer Seits durch Ueberlassung des Eigenthums ihres Hauses, worauf die Schuld zugleich hypothecarisch haftet, die Schenkung erfüllet hat; indessen, Klägerin auch, wenn sie von dieser Schuld auf eine zu Recht beständige Art völlig frey und ledig gemacht worden, weiter dieserhalb kein Interesse hat, und ihr, wenn die Gläubigerin den Beklagten das Capital länger lassen will, solches alsdenn nichts verschlagen mag; die einseitige in den Zweifelsgründen gedachte Erklärung der Gläubigerin aber der Klägerin zumal da sie ihre Obligation noch nicht zurück erhalten, noch keine völlige Sicherheit zu ihrer Befreyung von dieser Schuld verschaffet, masen sie bey solcher Erklärung nicht zugegen gewesen, und sie durch ihre Acceptation ein vollkommenes Recht, die Gläubigerin bey ihrem Worte zu halten, erworben hat; ohne des Schuldners Acceptation aber eine von dem Gläubiger geschehene Remißion der Schuld die Würkung, daß der Gläubiger sich deren nachhero nicht wieder reuen lassen, und die Schuld annoch von seinem Schuldner nicht einfordern dürfe, keinesweges hervorbringen mag s); sondern die Gesetze dem Gläubiger eine solche Remißion vorzunehmen nur verstatten t); — — — So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

Die Beklagte sind aber auch mit diesem Erkänntniß nicht zufrieden, sondern ergreiffen darwider die Appellation. Hingegen die Klägerin submittiret zu den vorigen Acten. Es geschiehet darauf, daß diese Sache anderweit hieher geschickt wird. Da denn nach F** in Monat März 1776 das vorige Urthel folgendergestalt bestätiget worden.

 Urthel

r) *l. 11. l. 108. D. de verbor. signif. Nov. 4. cap. 3. §. 1.*

s) KOCH in *medit. ad comp. Schaumburg. med. 4.*

t) *l. 53. D. de solut.*

Urthel.

Auf erhobene Appellation, deren Justification und geschehene Submißion zu den vorigen Acten, Johann Bernhard Pfeiffers und Susannen Magdalenen Hofmannin, einer Pfeifferin, Beklagten und Appellanten an einem, Marien Margarethen Schmidtmannin, Klägerin und Appellatin am andern Theil, s. u. i. d. d. u. v. e. A. in II. St. z. u. d. u. r. M. v. w. s. w. v. R.

Daß die erhobene Appellation in ihren Formalien beständig und zu gebührender Rechtfertigung erwachsen. Der Materialien halber, erscheinet aus den Acten allenthalben so viel, daß in erster Instanz wohl gesprochen und übel appelliret, derowegen diese Sache an den vorigen Richter hinwiederum zurück zu weisen. Es sind auch Appellanten die Unkosten des verzögerten Processes, nach vorgängiger deren Liquitation und richterlicher Ermäsigung, der Appellatin zu erstatten schuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl Appellanten ihre drey Beschwerden damit zu begründen suchen, daß qu. grau. 1) die Appellatin auf den Abtrag der 250 Rthl. so weiland ihr, der Appellanten, Vater bey der remuneratorischen Schenkung zu bezahlen übernommen, um so weniger dringen könne, als eines Theils sothane Schuldpost der Appellatin weiter gar nichts angehe, und andern Theils sie in dem Alimentationscontracte wegen ihres Auszuges sich keine Hypothek vorbehalten, auch dritten Theils, wegen ihres vermeintlichen Personalanspruches durch die gerichtliche Renunciation der Gläubigerin fol. 155. seqq. Vol. act. sub A. II. vollständig gesichert und von allen besorglichen Anspruch durchgängig und auf ewig befreyet sey, masen die Renunciation, wodurch ein Gläubiger sich seines Rechtes wider den Schuldner begebe, dieses seiner Acceptation gar nicht bedürfe, und, wenn ja die Appellatin ihre Acceptation für nothwendig erachtete, sie dieselbe annoch jederzeit zu den Acten thun

thun könnte, indem in den Gesetzen, daß solche eben in Gegenwart der Gläubigerin geschehen müsse, nirgends vorgeschrieben wäre; und also, daß sie, Appellanten, der Appellatin erst noch eine anderweite Befreyung verschaften, nicht nöthig sey; sodann — — —; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. ad grav. 1) der Appellanten Erblasser in dem mit der Appellatin errichteten Schenkungs und Alimentationscontracte sub ⊙ §. 8. fol. 13. Vol. act. sub A. II. der Appellatin, die auf den ihm mit geschenkten Hause haftenden Schuld von 250 Rthl. zu übernehmen und solche zu bezahlen, ausdrücklich versprochen; auch derselben daran, daß sie derentwegen von der Verbindlichkeit gegen ihre Gläubigerin frey werde, allerdings gelegen ist, und sie, sich deshalb eine Hypothek zu bedingen, keinesweges nöthig gehabt, gestalten der Appellanten Erblasser schon aus dem Contracte, sein Versprechen zu erfüllen, verbindlich gewesen, und die Appellantin durch die gedachte Renunciation der Gläubigerin noch nicht von allen besorglichen Anspruch auf ewig befreyet worden ist, masen zwar einem Gläubiger sich seines Rechtes an dem Schuldner zu begeben, unbenommen ist, allein diese Remission, wenn sie ohne Annahme des Schuldners geschehen, nicht so viel würken mag, daß der Gläubiger selbige nicht wieder zurück nehmen könne, als welches ihm in solchem Falle, da sie blos auf seinen einseitigen Willen sich gründet, auch auf gleiche Mase von ihm einseitig wiederum aufgehoben werden kann, ohne daß ihm auch eine erst eine Zeitlang darnach erfolgende Acceptation daran hindern mag, gestalten der Gläubiger, daß er sich unter der Zeit anders besonnen und nunmehro die Schuld dem Schuldner nicht remittiret haben wolle, diesem zur Antwort ertheilen, und also, weil dieser, nämlich der Schuldner, durch die alsbaldige Acceptation das Versprechen noch nicht als das Seinige angenommen gehabt, von der unverbindlich gewesenen Remißion wiederum abgehen kann; dahero zur Remißion einer Schuld, wenn selbige dem Schuldner ein vollkommenes Recht, den Gläubiger bey seinem Worte zu halten, hervorbringen soll, allerdings des Schuldners, gleich hinzukommende Acceptation, um selbiger die Kraft eines verbindlichen Vertrages zu verschaffen, schon nach dem Rechte der Natur, vermöge des Wesens eines Vertrages, erforderlich ist; und also Appellanten die Appellatin, damit diese die von ihrer Gläubigerin in Gericht geschehene Remißion entweder selbst,

 oder

oder Nahmens ihrer durch einen Andern gleich acceptiren mögen, zu selbiger mit hätten vorladen lassen sollen; folgbar, da sie dieses nicht beobachtet, noch viel weniger der Appellatin die Zurückgabe ihrer Obligation mit ihrer Gläubigerin Unterschrift, womit diese sich aller ihrer Ansprüche an der Appellatin begeben, verschaffet haben, die Appellatin auch wegen ihrer Befreyung noch nicht genugsam gesichert, mithin, daß sie diese der Appellatin besser, als geschehen, zuvor zu wege bringen, allerdings nöthig ist; so wohl — — ; die dermaligen Appellationsunkosten aber die Appellanten, weil sie den Proceß durch die Appellation zwar nicht muthwillig, jedoch vergeblich verzögert, den Rechten nach, alleine zu übernehmen haben: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

Dritter

Dritter Abschnitt

von

Lehnssachen

[illegible]

der

[illegible]

Dritter Abschnitt
von
Lehnssachen.

LXVI.
Was für Verträge bey Lehngütern ohne Einwilligung des Lehnherrens, Lehnmannes oder Mitbelehntens überhaupt gültig oder ungültig sind.

§. 1.

Es ist bey denjenigen Gütern, welche man nicht in völligem Eigenthume besitzet, eine natürliche Eigenschaft, daß man darüber nicht nach völlig freyen Gefallen, sondern nur in so weit, als man an selbigen ein eigenes Recht hat, zu disponiren befugt ist. Wir treffen dieses besonders bey Lehngütern an, als bey welchen, bekannter Masen, das Eigenthum dergestalt getheilet ist, daß an selbigen der Lehnmann nur das Untereigenthum, der Lehnherr aber nur das Obereigenthum, nach denen davon in der Lehnrechtsgelahrheit bestimmten Begriffen a), auszuüben hat.

§. 2.

a) Siehe IO. AVG. HELLFELD *elementa iuris feudalis*, §. 8. und 11. Ienae 1763.

§. 2.

Beyde gedachte Arten des Eigenthums werden nun aber auch dadurch noch besonders eingeschränkt, daß selbige zuweilen nicht blos zweyen Personen alleine, sondern noch mehrern zugleich zustehen. Es sey nun aber ein Fall, welcher es wolle, so darf doch keiner das Recht des andern, so dieser sich bereits erworben, wider dessen Willen schmälern oder ihm solches gar zu entziehen sich unterfangen b).

§. 3.

Hieraus ergiebet sich nun von selbst, daß bey Lehngütern nur allein diejenigen Verträge ohne Einwilligung des Lehnherrens, Lehnmannes oder Mitbelehntens bestehen, welche keinem von ihnen in dem sich wohl erworbenen Rechte zum Nachtheil gereichen. Hingegen woferne durch den Vertrag Jemanden in seinem sich wohlerworbenen Rechte ein Eintrag geschiehet, so ist selbiger ohne dessen Einwilligung nicht gültig.

§. 4.

Nun kann es aber auch seyn, daß der Vertrag verschiedene Stücke in sich enthält, wovon zwar ein und das andere, keinesweges aber alle Jemanden in seinem Rechte schädlich sind. Wäre dieses, so hat man zwar jene, welche ihm zu Schaden gereichen, nicht aber die übrigen für ungültig zu halten. Denn bey solchen Verträgen, wo die Puncte, welche selbige ausmachen, so mit einander verbunden, daß auch einer von dem andern getrennt werden mag, darf das gültige, oder welches zu Recht bestehen kann, wegen des damit verknüpften ungültigen, oder welches zu Recht nicht bestehen kann, nicht als unverbindlich verworfen werden, sondern es ist vielmehr zu erhalten c).

LXVII.

b) Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. *l.* 74. *D. de reg. iur.*

c) Vtile per inutile non debet vitiari *l.* 1. §. 5. *D. de verbor. oblig.*

LXVII.

Rechtliches Gutachten

nach P** im April 1769.

Ueber die Gültigkeit eines von den Mitbelehnten an den Lehnmann ohne lehnsherrliche Bestätigung ausgestellten Reverses, worinne dem Lehnmanne über das sich neuerlich erworbene Lehn, gegen eine Summe von 600 Rthl., eine freye Disposition verwilliget worden.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung mit einer Beylage, sub J, von num. 1 bis 15. nebst dreyen Fragen zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, d. s. w. v. R.

Hat weyland Frau Geheimderäthin Christiana Amalia, verwitbete und gebohrne von Beust, das unter das Herzogthum Sachsen Saalfeld gehörige Mannlehngut Langenorla, mittelst Kaufcontracts, vom 28ten Jenner 1747, sich erworben. Ist auch nicht nur dieser Kauf, unterm 23ten Februar 1748, von der Landes- und Lehnsherrschaft, zu Saalfeld, bestätiget, sondern auch gedachte Frau Geheimde Räthin von Beust mit solchem Gute Langenorla vor sich und ihre ehelig gebohrnen männlichen Leibeslehnserben beliehen worden. Hat darauf die Frau Geheimderäthin von Beust sich ihren Bruder, Hr. Carl Friedrichen von Beust, zu Neuensalz, jetzo Churfürstl. Sächßl. Geheimdenrath, und ihren Vetter, Hr. Carl Leopolden von Beust, jetzo Churpfälzischen Cammerherrn, zu Mitbelehnten an selbigem Gute ausersehen, nachdem selbige, mittelst eines, unterm 7den Junii 1748, ausgestellten Reverses, sub num. 2, sich disfalls ihr besonders verbindlich gemacht haben. Sind auch hierauf ihr ebenerwehnter Bruder und Vetter, mit der gesammten Hand an berührtem Gute, am 16den Junii 1748, zwar würklich beliehen worden, allein, als sie einseitig zuvor erwehnten Revers der hohen Lehnscurie, unterm 8ten Jenner 1750, im Original eingereichet, und um dessen Confirmation gebethen, so ist ihnen selbiger, um zuvor darinnen einige Stücke zu ändern, wiederum zurückgegeben worden. Ist hierauf, wegen dieses Reverses, weder von Seiten des Mitbelehnten, noch von Seiten der Frau Geheimderäthin von Beust etwas bey hoher Lehnscurie angebracht worden, sondern ebengedachte Geheimderäthin

am 28sten April 1768 verstorben, nachdem sie in ihrem letzten gerichtlich niedergelegten Willen vorhero disponiret, daß ihr Rittergut Langenorla und Zugehör, wie sie es zeithero besessen, ihres Hr. Bruders ältester Sohn, Hr. Carl Casimir von Beust, nebst allen Meublen, so im Hause fest gemacht sind, nebst dem zum Hause gehörigen Inventario, erben, dabey ein und andere darinnen gesetzte ansehnliche Vermächtnisse zu prästiren, so wohl den auf dem Rittergute gemachten Lehnstamm, à 600 Rthl, zu bezahlen haben, hingegen ihre Frau Schwester ihre sämtlichen baaren Gelder und ausstehenden Capitalien nebst sämmtlicher Gerade und Verlassenschaft erben solle. Ist nun zwar der Hr. Geheimderath, Carl Friedrich von Beust, welcher so fort, nach gedachter seiner Frauen Schwester Ableben, sich in Besitz des Guthes Langenorla gesetzet, dieses Gut in Conformität der verstorbenen Frau Geheimderäthin von Beust letzten Willens und des obgedachten Reverses seinem ältesten Sohne, vermittelst eines Kaufcontractes, wiederum abzutreten und den Kauf zur Landes- und Lehnsherrlichen Confirmation anzutragen, gesonnen; allein es weigert sich der zweyte Mitbelehnte, Hr. Cammerherr Carl Leopold von Beust, solchen Revers und letzten Willen zu halten, und nach selbigem die gesammte Hand an den Käufer, gedachten ältesten Sohn des Hr. Geheimdenraths von Beust, zu resigniren. Es entstehen daher folgende Fragen:

1) Ob der Hr. Cammerherr, Carl Leopold von Beust, nach dem Innhalte des Reverses, *sub num.* 2, nicht überhaupt und auf alle Fälle verbunden, die vorseyende Ueberlassung des Eigenthums des Ritterguts Langenorla an den Hr. Cammerjunker, Carl Casimir von Beust, als Testamentserben, gegen Empfang des stipulirten *quanti*, von 300. Rthl. zu agnosciren, die disfalls zu entwerfende Urkunde mit zu unterschreiben, und Lehn und Eigenthum an denselben zu resigniren?

2) Ob, wenn dieses, wider Vermuthen, nicht seyn sollte, derselbe nicht wenigstens in dem Falle, wenn *Serenissimus dominus directus* in diese Ueberlassung consentiret, dazu verbunden?

3) Ob nicht, wenn der Hr. Geheimderath von Beust das Gut Langenorla an seinen ernannten Hr. Sohn verkauft, des Mitbelehnten, Hr. Cammerherrns, Carl Leopolds von Beust, Einwilligung in diese Veräusserung für schon geleistet und die gesammte Hand für

für resigniret zu achten, folglich dem Lehnherrn, auch ohne nochmalige Einwilligung des Mitbelehnten, benannten Käufer mit selbigem Gute, nach dem Rechte eines neuen Lehns, wiederum zu beleihen, frey stehe?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, von Seiten des Cammerherrns, Carl Leopolds von Beust, vorgewendet werden will, 1) daß er von der verstorbenen Frau Geheimderäthin von Beust in der Mase, daß nach Abgang des Hr. Geheimdenraths von Beust, und seiner männlichen Descendenz, auch er und seine männliche Leibeslehnserben zur Succeßion gelangen sollten, in die gesammte Hand genommen, und, nach eben dieser Succeßionsordnung, damit beliehen worden; dessen er sich wider seinen Willen zu begeben nicht genöthiget werden könnte, masen 2) der angezogene Lehnrevers auf landesherrliche Confirmation ausgesetzet, und 3) diese nicht nur nicht ausgebracht, sondern auch 4) als die Mitbelehnten darum angesuchet, der Revers als unstatthaft verworfen, und ihnen, einen andern, wie in dem inducto, num. 6 beschrieben, beyzubringen, angedeutet worden, darauf aber, von Seiten der Mitbelehnten, weiter nichts geschehen, folgbar alles in dem Stande der unbeschränkten Mitbelehnschaft verblieben sey; auch überdem 5) das Testament, num. 8, einen unheilbaren Fehler hätte, weil nicht einmal die zu dessen Rechtsbeständigkeit erforderliche Universalerbeinsetzung darinne anzutreffen wäre; hierüber 6) selbst der Hr. Geheimderath von Beust, nachdem er auf der verstorbenen Frau Geheimderäthin von Beust, seiner Schwester, Todesfall die Lehn gesuchet, in dem Memoriale, num. 11, die Existenz vorhanden seyn sollender Lehnsverträge geleugnet; auch 7) in dem Schreiben, num. 12, gegen obiges Testament, auf das ihm, als erstem Mitbelehnten, privatwisch zustehende Erbfolgsrecht sich zu stützen gewust; solchemnach er auch diesen einmal erwählten Weg ferner fortzusetzen verbunden sey, bevorab, da 8) er, der Hr. Geheimderath, vermöge des auf die vom Serenissimo gnädigst gebilligte Succeßionsordnung sich gründenden Rechtes, mit mehrmals erwehntem Gute, am 15den December 1768, beliehen, und er, der Cammerherr von Beust, als nunmehriger alleiniger Mitbelehnter, auf diesen Fall die gesammte Hand bereits wiederum bekennet erhalten; mithin, wenn sich der Fall ereignete, eben so wohl, als wie bey ihm, dem Hr. Geheimdenrath, geschehen, zur Succeßion kommen müste; überdem 9) der Hr. Geheimderath von Beust, wenn er, als jetziger Besitzer des Gutes, dieses einem seiner

Herren Söhne übergeben wollte; diesfals, weil dadurch die oben, num. 1) gedachte Succeßionsordnung nicht geändert würde, die lehnsherrliche Einwilligung in diese Uebergabe auszubringen, sich gar wohl Hofnung machen könnte; und also er, der Cammerherr von Beust, dieserwegen, damit des Hr. Geheimdenraths ältester Hr. Sohn das Gut erlange, sich der gesammten Hand zu begeben, nicht nöthig hätte; folgbar 10), auch ohne solche angemuthete Resignation, der vorigen Besitzerin letzter Wille in Erfüllung gebracht werden könne, zumal 11) es das Ansehen hätte, daß, da sie eben eine Person, die unter voriger Investitur schon mit begriffen, zu ihrem Nachfolger erneñet, sie das Gut demselben keinesweges als ein neues Lehn (feudum nouum) wobey die bisherige Lehnsverknüpfung ihrer Mitbelehnten gänzlich aufgehoben seyn sollte, gönnen, und sie, die Mitbelehnten, dabey zugleich in der Mitbelehnschaft erhalten wollen; welches um so mehr zu glauben stünde, als 12) alle von dem gemeinen Rechte abweichende Dispositionen eingeschränkt und in der Mase auszulegen, daß dadurch der gewöhnliche Lauf der Rechte so wenig als möglich gestöhrt und aufgehoben würde; mithin, daß diese erste Frage zu verneinen sey, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. derjenige, welcher sich erst neuerlich ein Lehn erwirbt, wie von der Frau Geheimderäthin von Beust mit dem Mannlehngute Langenorla geschehen, und dabey, ein oder mehrere Mitbelehnte dem Lehnherrn zu präsentiren, von diesem sich ausbedinget, diese Mitbelehnte nach seinem Gefallen sich zu erwählen und selbigen, weil ein jeder bey seiner Sache, wie er es damit gehalten wissen wolle, anordnen kann d), die Bedingungen, unter welchen sie in die Mitbelehnschaft aufgenommen seyn sollen, vorzuschreiben, in so fern die Macht hat, daß, wenn dergleichen in die Mitbelehnschaft aufgenommene Personen nicht des Lehnes unfähig, und die vorgeschriebenen Bedingungen, weder in den Lehnrechten verbothen, noch demjenigen, so sich der Lehnherre, bey Verwilligung des Lehnes, ausbedungen, entgegen sind, sothane Bedingungen, in welche die in die Mitbelehnschaft aufgenommenen Personen gewilliget, von diesen, weil die Verträge eine vollkommene Verbindlichkeit auferlegen, als eine gesetzliche Vorschrift, zu halten und zu erfüllen sind; die Frau Geheimderäthin von Beust nun aber den Kauf des qu. Mannlehngutes in der Mase, „daß die jetzige Acquisition eines Mannlehngutes von einer „Frauensperson niemals zur Consequenz gezogen und eine Observanz dar- „aus

d) Quilibet rei suae legem dicere potest, *L. 20. pr. D. de pact. dot.*

„aus gemacht und daß die bisherige Lehnsqualität nicht verändert, auch „die Belehnung weiter, als auf den vorjetzt vorstellig zu machenden Lehnträger, und demjenigen, so in die Mitbelehnschaft aufgenommen werden „will, und dieses letztern männnliche Leibeslehnsfähige Descendenz nicht „erstrecket werde,„ von gnädigster Landes-Lehnsherrschaft, zu Saalfeld, bestätiget erhalten hat, und unter eben diesem Vorbehalte mit solchem Guthe Langenorla vor sich und ihre ehelich gebohrne männliche Leibes-Lehnserben beliehen worden ist; hierauf nun auch, nachdem die Frau Geheimderäthin von Beust sich ihren Bruder, Hr. Carl Friedrich von Beust, und ihren Vetter, Hr. Carl Leopold von Beust, zu Mitbelehnten an selbigem Gute ausersehen, diese zuförderst einen bündigen Revers, vom 7den Junii 1748, num. 2 darüber; „daß sie ihr an der freyen „Disposition mit ermeldetem Gute auf keinerley Art und Weise hinderlich „und auf den Fall, wenn die Lehn, durch ihr Absterben, oder per mo„dum alienationis et dispositionis apert würde, mit einem quanto von „600 Rthl. und zwar er, Carl Friedrich von Beust, mit 300 Rthl. „und er, Carl Leopold von Beust ebenfalls mit 300 Rthlr. zufrieden seyn wollen,„ dahin auf das zu Recht beständigste ausdrücklich sich reversiret und verbunden, „daß sie der Frau Geheimderäthin von „Beust, der ihnen zustehenden Mitbelehnschaft ungeachtet, an Verpfänd„Vertausch- und Verkaufung besagten Gutes Langenorla und in Sum„ma an der freyen Disposition niemals hindern, sondern solche inter vi„vos et mortis caussa über dasselbe und dessen Pertinenzien gestatten und „hiedurch auf alle und jede Fälle, wenn und so oft es nöthig seyn möchte, „anticipando und ein und vor allemal darein consentiret, auch alle darüber „errichtete Contracte und Dispositionen in allen ihren Puncten und Clau„suln vor genehm gehalten haben wollen und ihr Consens, gegen Pro„ducirung dieses Reverses jedes mal pro praestito geachtet werden sollte, „jedoch aber, daß ihnen bey vorhergehender Apertur, Alienation, oder „Disposition die ihnen ausgesetzten 600 Rthl. jederzeit in salvo verblie„ben,„; ferner gedachte beyde Herren von Beust in eben diesem Reverse sich ausdrücklich erkläret, und verbunden, „daß sie und ihre Descendenten die „Lehn auf alle Fälle gebührend suchen und hierunter nicht verabsäumen „so wohl auf den Fall, wenn die Frau Geheimderäthin von Beust nach „Gottes Willen mit Tode abgehen und Erben ab intestato, oder durch „Testament nach sich verlassen, oder auf andere Art einen successorem, „schrift- oder mündlich und ohne einige Solennität geschehen, benennt „haben würde, sie, oder ihre Leibeslehnserben dergleichen Verordnung

und

„und Uebergabe vor kräftig und gültig agnosciren, mithin das Rittergut „Langenorla zwar in Lehn nehmen, darauf Kauf- oder Schenkungswei„se, oder, wie es sonst die Rechte gestatten, an dero Erben, oder deno„minirten successores, ohne das pretium des Gutes dagegen zu verlan„gen, hinwiederum überlassen und das Eigenthum und die Lehn mit hoher „Lehn- und Landesherrlicher Einwilligung, an dieselben resigniren, sich „hingegen an dem auf alle Fälle ausgesetzten quanto der 600 Rthl. nach „obiger Eintheilung, begnügen lassen, auch dahero einiger Possess, Nu„tzung oder iuris retentionis an erregtem Gute nicht anmasen, noch ge„brauchen wollen, und sich zu dem Ende aller Rechtsbehelfe und Aus„flüchte, wie die Nahmen haben mögen, wohlbedächtig begeben, also, „daß ihnen wider diesen Revers nicht das geringste zu statten kommen „sollte,; hierauf nun zwar ad 1) die Frau Geheimderäthin von Beust benannten ihren Hr. Bruder und Hr. Vetter in der Mase, daß wenn sie ohne Hinterlassung männlicher Descendenz mit Tode abgienge, zuförderst ihr gedachter Hr. Bruder, und wenn ferner auch dieser, nebst seiner männlichen Descendenz, mit Tode abgehen sollte, sodann erst benannter ihr Hr. Vetter, nebst seinen männlichen Descendenten, zur Succeßion an selbigem Gute gelangen sollten, bey höchster Landes- und Lehnsherrschaft zu Saalfeld, unterm 16den Junii 1748, präsentiret hat, und dieselbe hierauf, nach Mase des Lehnscheins und Lehnbriefs, num. 4. und 7. mit der gesammten Hand an berührtem Gute, nach vorerwähnter Succeßionsordnung, würklich beliehen worden sind, allein gedachte Frau Geheimderäthin von Beust, vor ihrem am 28sten April 1768 ohne Hinterlassung einiger Descendenten erfolgten Ableben, ihren schriftlichen letzten Willen, num. 8. ihren Gerichten zu Langenorla, in Gegenwart des dasigen Gerichtsdirectors und dreyer geschwornen Gerichtsbeysitzer, rite insinuiret, und darinne unter andern ausdrücklich disponiret, daß ihr Rittergut Langenorla und Zugehör wie sie es zeithero besessen, ihres Hr. Bruders ältester Sohn, Hr. Carl Casimir von Beust, nebst allen Meublen, so im Hause festgemacht sind, und nebst dem zum Hause gehörigen Inventario, erben, dabey ein und andere darinne gesetzte ansehnliche Legate zu prästiren, so wohl den auf dem Ritterguthe gemachten Lehnstamm à 600 fl. oder wie vermuthlich gesetzt werden wollen, à 600 Rthl. zu bezahlen haben, hingegen ihre Frau Schwester ihre sämmtlichen baaren Gelder und aussenstehende Capitalien, nebst sämmtlicher Gerade und Verlassenschaft erben solle; sofabar unter diesen Umständen, da die Frau Geheimderäthin von Beust, vermöge des durch den oftererwähnten Revers

Revers sich bedungenen Befugnisses, einen Erben im Testament ernennet, welcher das Gut Langenorla, auf die gedachte Mase, gegen Auszahlung des Lehnstammes von 600 Rthl., bekommen soll, weder der Hr. Geheimderath, noch der Cammerherr von Beust auf eine Nachfolge in das Gut Langenorla, nach solhaner Succeßionsordnung, einen Anspruch machen mögen, masen ad 2) 3) und 4) der Revers keinesweges unter der Bedingung, daß er von der Landes- und Lehnsherrschaft erst, bevor er gültig würde, confirmiret werden sollte, geschlossen, sondern schlechthin, ohne von einer solchen Confirmation etwas zu gedenken, ausgestellet worden ist; und dieses, daß die Mitbelehnte, der Hr. Geheimderath und der Hr. Cammerherr von Beust, nachhero den Revers der Landes- und Lehnsherrschaft zur Confirmation überreicht und diese von ihr nicht ausgebracht worden, der Frau Geheimderäthin ihr durch den Revers sich erworbenes Recht nicht hat aufheben können; in mehrern Betracht, daß die von dem Vasallen mit jemanden errichteten Verträge und besonders die mit den Mitbelehnten errichteten Lehnsreverse auch ohne Einwilligung des Lehnherrns, wenn selbigem dadurch in seinen Rechten kein Eintrag geschiehet, verbindlich sind; gestalten in dem Falle, da der Lehnherre von dem Vertrage oder Lehnreverse keinen Schaden oder Nachtheil hat, ihm auch kein gegründetes Recht, solchen Verträgen und Reversen zu widersprechen, zustehet, vielweniger dieses Widerspruches, dergleichen Verträge für unverbindlich zu halten, ein Dritter wegen der Person des Lehnherrens sich bedienen kann, masen es bekannten Rechtens ist, daß man sich dasjenige, so nicht unsere, sondern einem andern zuständig ist, nicht anmasen darf, und man dahero auch die Einreden, welche einem Dritten zugehören, nicht als die seinigen gebrauchen mag e); hierzu auch noch kommt, daß, wenn auch in einem Vertrage, etwas ungültiges enthalten, deshalb jedoch nicht der ganze Vertrag zu verwerfen, und dasjenige, so darinne gültig, zugleich mit dem ungültigen, für unkräftig zu halten ist f); mehrerwehnte Mitbelehnte auch, daß ihnen wider den Revers nicht das geringste zu statten kommen sollte, sich ausdrüklich in selbigem verbindlich gemacht haben; überdieses den Mitbelehnten, daß sie um die Confirmation des Reverses einseitig nachgesuchet, diese in der Resolution, num. 6, keinesweges schlechterdings abgeschlagen, vielweniger der ganze Revers für ungültig erkläret, sondern wie

e) *l. 4. §. 7. D. si seruit. vind.* WERNHER in *sel. obs. for. par. 2. obs.* 357.

f) *l. 1. §. 5. D. de verb. oblig.*

wie der Innhalt der Resolution, in Vergleich der Kaufsconfirmation und Ausfertigung des Lehnbriefes, welchen die Frau Geheimderäthin von Beust erhalten, deutlich besaget, nur die Einrichtung des Reverses, nach der von dem Lehnherren bey dem Gute ferner bedungenen Mannlehnsqualität, anbefohlen worden ist, daß nämlich die der Frau Geheimderäthin von Beust von den Mitbelehnten verwilligte freye Disposition nicht dahin, daß sie sich auch einen, der in ihrer Belehnung mit begriffen, zum Nachfolger in dem Mannlehngute Langenorla zu ernennen, die Macht haben sollte, zu erstrecken sey; dieses nun aber auch die Frau Geheimderäthin von Beust, indem sie ihres Hr. Bruders ältesten Hr. Sohn in ihrem Testamente zum Nachfolger in dem Gute Langenorla ernannt, gar nicht überschritten hat, masen nicht blos der Hr. Geheimderath Carl Friedrich von Beust und der Hr. Cammerherr von Beust, sondern auch ihre rechte ehelig geborne männliche Leibeslehnserben, besage des Lehnbriefes, num. 7, von dem Lehnherren in die Mitbelehnschaft aufgenommen worden sind; sodann ad 5) zur Erbeinsetzung eines Theils weder dieses, daß man denjenigen, welcher unsern Nachlaß bekommen soll, mit den Worten: er soll unser Erbe seyn: benenne, erforderlich ist, sondern auch andere Worte, z. E. er soll uns beerben, neuern Rechten nach zuläßig sind g), andern Theils auch dieses, daß man solche Person eben ganz alleine zur Beerbung unserer sämtlichen Verlassenschaft berufe, und sie also zum Universalerben einsetze, gleichergestalt nicht nöthig ist, masen die Rechte einem Testirer, sich auch nur in einer gewissen Sache seines Vermögens einen Erben zu ernennen, dergestalt verstatten, daß, wenn er in sein übriges Vermögen nicht noch einen Erben eingesetzet, jener alsdenn das sämmtliche Vermögen ganz alleine bekommt h); bey vorliegendem Rechtsfalle nun aber die Frau Geheimderäthin von Beust, nach Innhalt ihres Testaments, daß ihr Rittergut Langenorla Hr. Carl Casimir von Beust, und ihre sämmtlichen baaren Gelder, nebst sämmtlicher Gerade und Verlassenschaft, ihre Frau Schwester erben solle, ausdrücklich geordnet hat; sodann, wenn auch bey der Einsetzung des Erbens ein Mangel anzutreffen seyn sollte, wie doch würklich nicht ist, dennoch dasselbe dem Hr. Cammerherrn, Carl Leopolden von Beust, zu keinem Behuf dienet, gestalten derselbe mit dem Hr. Geheimderath von Beust in dem mehrerwähnten Reverse auch dazu, daß, wenn die Frau Geheimderäthin von Beust Erben ab intestato, oder durch Testament

g) *l. 15. C. de testam.* h) *l. 1. §. 4. D. de hered. instit.*

ment nach sich verlassen, oder auf andere Art einen successorem, schriftlich oder mündlich, wenn es auch aussergerichtlich und ohne einige Solennität geschehen, benennt haben würde, sie, vorhingedachte Mitbelehnte, oder ihre Leibeslehnserben, dergleichen Verordnungen und Uebergaben für kräftig und gültig agnosciren wollten, sich ausdrücklich verbindlich gemacht haben; so wohl überdem die Frau Geheimderäthin von Beust gedachten ihren letzten Willen schon zu der Zeit, als sie selbigen noch nicht gerichtlich übergeben, sondern in ihrer Scatoulle verwahret, die Clausul: und da ich wohl weiß, daß dieses nicht als ein zierliches Testament gültig seyn möchte, so habe doch das Vertrauen zu meinen Geschwistern, daß sie diesen meinen eigenhändigen Befehl also sich gefallen lassen werden: hinten angehänget hat; ferner ad 6) der Hr. Geheimderath von Beust in dem Memoriale, num. 11, die vorhanden seyn sollenden Lehnsverträge nur in so fern geleugnet, daß ausser dem Memoriale, worinne sie ihn und seinen Vetter, den Cammerherrn von Beust, als Mitbelehnte ihres Gutes Langenorla präsentiret, und ausser dem Reverse, welcher aber blos eine Sache unter den Partheyen geblieben, und keinesweges die Lehnsverknüpfung, nämlich in Rücksicht auf den Lehnherren, betroffen, kein besonderer Lehnsvertrag vorhanden sey; und dieser Einwand, wenn er auch würklich, gegründet wäre, wie er doch nicht ist, dem in dem Testamente der Frau Geheimderäthin von Beust zum Rittergut Langenorla erannten Erben, Herrn Carl Casimir von Beust, so wenig von dieses seinem Hr. Vater, als von seinem Hr. Vetter, dem Hr. Cammerherrn von Beust, entgegen gesetzt werden mag; anerwogen ebengedachter Rittergutserbe in das Recht der verstorbenen Frau Geheimderäthin von Beust tritt, welches sich diese durch den Revers von ebengedachten beyden Herren Mitbelehnten erworben gehabt, daß, so wie diese wider ihren Willen von selbigem nicht abgehen könnnen, also auch solches wider seinen, des Ritterguts Erben, Willen nunmehro nicht geschehen und ins Leugnen gestellt werden mögen; solchergestalt nun auch ad 7) dasjenige, was der Hr. Geheimderath von Beust in dem Schreiben num. 12, geäussert, seinem ältesten Herrn Sohne, als dem in dem gültigen Testamente der verstorbenen Frau Geheimderäthin von Beust eingesetzten Erben auf eine zu Recht beständige Art um so weniger entgegen gestellet werden mag, als der Herr Geheimderath von Beust in diesem Schreiben nicht ein für allemal von seinem Rechte nicht abzugehen, sondern nur wie er zur Zeit hierinne seinen Consens von sich zu geben Bedenken trage, sich erkläret hat; dermalen aber derselbe, wie in der Geschichtserzählung gedacht

worden, das Gut, in Conformität der verstorbenen Frau Geheimde-räthin von Beust letzten Willens und des obgedachten Reverses, seinem ältesten Sohne, vermittelst eines Kaufcontractes, wiederum abzutreten und den Kauf zu höchster Landes- und Lehnsherrlichen Confirmation anzutragen, entschlossen ist; welches ad 8) nunmehro auch zur Würcklichkeit zu bringen dem Hr. Geheimdenrath von Beust um so mehr frey stehen muß, als er vorigen Gründen nach, seinem Sohne das Rittergut zu entziehen, kein gegründetes, sondern nur ein vermeintliches Recht gehabt; seines vermeintlichen Rechtes sich aber wiederum zu begeben, um so weniger einem Zweifel unterworfen ist, als so gar ein jeder seines wohlbefugten Rechtes sich begeben kann i); hierzu nun auch noch kommt, daß, wenn auch beyde Mitbelehnte auf der vorigen Besitzerin Todesfall die Lehn befolget, und solche wiederum bekennt erhalten, solches jedoch auf Seiten ihrer dahin verstanden werden muß, daß es in Conformität ihres ausgestellten Reverses geschehen, worinne sie die Lehn auf berührten Fall zu befolgen, sodann aber und wenn sie das Gut in Lehn bekommen, es mit landesherrlicher Einwilligung der vorigen Besitzerin Landerben oder denominirten successori wiederum abzutreten, sich ausdrücklich verbunden haben; ferner ad 9) die Mitbelehnten in solchem Reverse, daß sie an den von der vorigen Besitzerin, der Frau Geheimderäthin von Beust, zu benennenden successorem, auch die Lehn resigniren wollten, versprochen haben; und, nachdem ebengedachte vorige Besitzerin ihres aus solchem Reverse erlangten Rechtes sich bedienet, und den Hr. Cammerjunker, Carl Casimir von Beust, zu ihrem Nachfolger benennet, diesem auch ein Recht zustehet, von den Mitbelehnten zu fordern, daß sie nunmehr ihr Versprechen erfüllen, und an ihn das Lehn resigniren, zumal ihm daran, daß er unter verhoffentlich wenigstens aus Gnaden zu erlangender Landes und Lehnsherrlichen Einwilligung, das Gut iure feudi noui zu überkommen und sodann sich Mitbelehnte nach eigenem Gefallen zu wählen, im Stande seyn möge, nothwendig vieles gelegen; und er also von seinem Hr. Vater das Gut auf die von dem Hr. Cammerherrn von Beust vermeintliche Art, mit Beybehaltung der oben in den Zweifelsgründen gedachten Succeßionsordnung anzunehmen, da selbige, von dem nächstvorher gerechtfertigten Erwerb des Gutes sehr verschieden, sich nicht braucht gefallen zu lassen; bevorab ad 10) der Wille der verstorbenen

i) Quilibet iuri suo pro se indroducto renunciare potest.

benen Frau Geheimderäthin, da sie sich ihn zum Nachfolger in ihrem Testamente ernennet und auf solchen Fall bereits vorhero in dem Reverse die Resignation bedungen, ihr Wille ohne diese Resignation nicht erfüllt werden würde; sie auch diese Verordnung in ihrem letzten Willen nicht gemacht haben würde, wenn sie gewollt, daß das Gut nach ihrem Tode zuerst auf ihren Bruder, den Hr. Geheimdenrath von Beust, kommen sollte, weil dieses, nach dem Reverse, nur auf den Fall, da sie sich keinen Nachfolger zu dem Gute ernennen würde, geschehn sollen; so wohl ausserdem der Umstand, daß sie bey der Benennung dieses ihres Nachfolgers des Ausdrucks: mein Rittergut Langenorla und Zugehör, wie ich es zeithero besessen, soll meines Hr. Bruders ältester Sohn, Hr. Carl Casimir von Beust erben: sich bedienet, nicht undeutlich zu erkennen giebet, daß er es ebenfalls, wenigstens in Ansehung der Mitbelehnten, in der Qualität eines feudi noui, so wie sie selbiges besessen, überkommen solle; solchemnach nun auch hierdurch der ad 11) vorgebrachte Zweifel gehoben wird, in mehrerm Betracht, daß die Erfüllung des Testaments in diesem Stücke, nach den Rechten, welche sich die Frau Geheimderäthin von Beust durch den Revers bedungen, zu bewerkstelligen ist; in diesem aber die Mitbelehnten der verstorbenen Frau Geheimderäthin von Beust Landerben, oder benannten Nachfolger, ohne Unterschied, ob diese Erben, oder diese Nachfolger, unter voriger Investitur mit begriffen oder nicht, die Lehn zu resigniren sich verbunden, und dahero, wenn sie sich dessen im jetzigen Falle weigerten, solches ihrem Versprechen um so mehr, da in dem Reverse die ihnen gestattete gesammte Hand überhaupt an Seiten eines jeden auf 300. Rthl. eingeschränkt worden, und sie dadurch, daß sie zu Mitbelehnten aufgenommen sind, ein mehreres Recht, als auf begebenden Fall von der verstorbenen Besitzerin Landerben oder Nachfolger 300. Rthl. zu fordern, nicht erlangt, gerade entgegen laufen würde; folgbar die Mitbelehnten, um ihr Versprechen nicht zu verletzen, gegen Auszahlung eben gedachter Lehnssumme ihre gesammte Hand an dem Gute aufzulassen, und also auch damit aller Ansprüche an selbigem, ohne weiter etwas zu fordern, sich zu begegen haben; je gewisser es ad 12) ist, daß man in allen Rechtssachen, und also auch in solchen, welche die Lehne betreffen, zuförderst auf die unter den Partheyen vorwaltenden Verträge sein Augenmerk zu richten, und nach selbigem, als einem Gesetze, welches sie sich selbst geschrieben, die Entscheidung zu machen hat, bevor man aus den gemeinen Rechten selbige zu nehmen befugt ist; der mehrmalen angezogene Revers aber die Art, wie so wohl

der Hr. Geheimderath, als der Hr. Cammerherr von Beust in die Mitbelehnschaft bey dem Gute Langenorla aufgenommen seyn sollen, deutlich bestimmt; daß dahero, ohne die Verbindlichkeit gültiger Verträge wider Willen des einen oder andern Theils aufzuheben, dabey keine Einschränkung aus den gemeinen Rechten zuläßig ist: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß der Hr. Cammerherr Carl Leopold von Beust, nach dem Innhalte des Reverses *sub num. 2.* überhaupt und auf alle Fälle verbunden sey, die vorseyende Ueberlassung des Eigenthums des Ritterguts Langenorla an den Hr. Cammerjunker, Carl Casimir von Beust, als Testamentserben, gegen Empfang der bedungenen Lehnssumme von 300 Rthl., zu agnosciren, die disfalls zu entwerfende Urkunde mit zu unterschreiben und Lehn und Eigenthum an denselben zu resigniren.

Obwohl, die zweyte Frage betreffend, ein Lehnherre den Mitbelehnten ihr auf eine gültige Weise durch die erlangte Mitbelehnschaft sich erworbenes Recht durch seine Einwilligung ordentlicher Weise nicht entziehen mag; der Hr. Geheimderath, Carl Friedrich von Beust und der Hr. Cammerherr Carl Leopold von Beust aber, nach ihren zu Mitbelehnten von der Frau Geheimderäthin von Beust unterm 16den Junii 1748 num. 3. geschehenen Präsentation, auf den Fall, daß gedachte Frau Geheimderäthin von Beust ohne männliche Leibeserben verstürbe, bey dem Gute Langenorla dergestalt als Mitbelehnte würklich sind beliehen worden, daß alsdenn der Hr. Geheimderath Carl Friedrich von Beust und dessen männliche Descendenten zuförderst die Succeßion an dem Gute Langenorla würklich haben, und, wenn dieser nebst seiner männlichen Descendenz mit Tode abgegangen, der Hr. Cammerherr, Carl Leopold von Beust, nebst seinen männlichen Descendenten succediren sollte; mithin daß, da die Frau Geheimderäthin von Beust ohne männliche Leibeslehnsherren verstorben, gedachte Mitbelehnte auch nicht mit Einwilligung des Durchlauchtigsten Lehnherrens zur Resignation ihrer Mitbelehnschaft und Ueberlassung des Gutes an den Hr. Cammerjunker, Carl Casimir von Beust, genöthiget werden könnten, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. gedachte Mitbelehnte, wie bey der nächst vorhergehenden Frage ausgeführet worden, unter diesen Umständen, da die Frau Geheimderäthin von Beust in ihrem letzten Willen den Hr. Cammerjunker,

junker, Carl Casimir von Beust, zum Nachfolger in das Gut Langenorla sich ernennet, auf die Succeßion in dieses Gut aus der Mitbelehnschaft keinen Anspruch machen können, weil sie, auf den Fall einer solchen Nachfolgersernennung, in dem mehrberegten Reverse sich ausdrücklich verbindlich gemacht, dergleichen Verordnung und Uebergabe dergestalt vor kräftig und gültig zu agnosciren, daß sie das Rittergut Langenorla zwar in Lehn nehmen, darauf aber Kauf- oder Schenkungsweise, oder wie es sonst die Rechte gestatten, an ihren, der Frau Geheimderäthin von Beust, Erben oder denominirten successorem, ohne das pretium des Gutes dargegen zu verlangen, hinwiederum überlassen und das Eigenthum und die Lehn an selbigen resigniren wollten; so wohl dieses Versprechen dem Lehnherren, da die Frau Geheimderäthin von Beust keinen Fremden, sondern einen solchen, der in der Mitbelehnschaft bereits mit begriffen, zum Nachfolger erwählet, zu keinem Nachtheil gereichet; dieserhalb nun auch derselbe, als er den ihm zur Confirmation überreichten Revers zu confirmiren Bedenken getragen, solches nur in so fern geschehen, als der Revers dem Rescript vom 17den Febr. 1748. entgegen wäre, masen es in der dieserhalb unterm 7den März 1750 ertheilten Resolution ausdrücklich heist, daß dasjenige, was wegen der freyen Ernennung eines successoris in dem Reverse enthalten, nicht anders, als obangezogenem gnädigsten Rescripte gemäs, verstanden und für admissibel geachtet werden könne; in sothanem Rescripte aber der Frau Geheimderäthin von Beust die Adquisition des Ritterguts Langenorla dergestalt verwilliget worden, daß selbige nicht zur Consequenz gezogen, und die bisherige Mannlehnsqualität nicht verändert, auch die Belehnung weiter, als auf den von der Geheimderäthin von Beust vorzustellenden Lehnträger und denjenigen, so in die Mitbelehnschaft aufgenommen werde, und dieses letztern männliche Leibeslehnsfähige Descendenz nicht erstrecket werden sollte; die Frau Geheimderäthin von Beust dieses nun auch nicht überschritten, indem sie sich einen männlichen Leibeslehnsfähigen Descendenten ihres Mitbelehnten, nämlich ihres Bruders, des Hr. Geheimdenraths von Beust, ältesten Sohn zum Nachfolger ernennet; folgbar die Einwilligung des Lehnherrens, weil diese solchergestalt schon vorhero dazu in Ansehung einer solchen Person ertheilet worden, bey der nunmehrigen Gutsacquisition des Hr. Cammerjunkers von Beust eigentlich nicht nöthig wäre, indessen jedoch in dem obgedachten Reverse enthalten, daß die Mitbelehnten auf den sich jetzt begebenen Fall das Eigenthum und die Lehn mit hoher Lehn- und Landesherrlichen Einwilligung an den von der Frau Geheimderäthin

von

von Beust ernannten Nachfolger zu resigniren, versprochen: So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß die Mitbelehnten, besonders der Hr. Cammerherr Carl Leopold von Beust, wenn er die Resignation seiner Mitbelehnschaft ferner verweigern sollte, er doch wenigstens in dem Falle, wenn der Durchlauchtigste Lehnherr in die Ueberlassung des Ritterguts Langenorla an den Hr. Cammerjunker Carl Casimir von Beust einwilliget, zu sothaner Resignation verbunden sey.

Endlich auf die dritte Frage zu kommen, obwohl, wie eben bey der vorigen zweyten Frage schon gezeiget worden, die Mitbelehnten in dem Reverse das Eigenthum und die Lehn mit hoher Lehn- und Landesherrlicher Einwilligung an den von der Frau Geheimderäthin von Beust ernannten Nachfolger zu resigniren, versprochen; und also, daß diese Resignation erst geschehen müsse, folgbar auch des Mitbelehnten Hr. Cammerherrens, Carl Leopolds von Beust, Einwilligung, wenn der Hr. Geheimderath von Beust das Gut Langenorla an seinen ernannten Hr. Sohn verkauft, in diese Veräusserung erst geleistet, und die gesammte Hand resigniret werden müsse, und dem Lehnherren, ohne nochmalige Einwilligung des Mitbelehnten, benannten Käufer mit selbigem Gute nach dem Rechte eines neuen Lehns wiederum zu beleihen, nicht frey stehe, es scheinen möchte:

D. a. u. d. die Mitbelehnten bey ihrer Aufnahme zur Mitbelehnschaft der Frau Geheimderäthin von Beust in dem Reverse auch ausdrücklich dahin sich verbindlich gemacht haben, daß sie dieselbe an der freyen Disposition über das Rittergut Langenorla niemals hindern, sondern inter vivos et mortis caussa über dasselbe und dessen Pertinenzien gestatten und hiedurch auf alle und jede Fälle, wenn und so oft es nöthig seyn möchte, anticipando und ein vor allemal darein consentiret, auch alle darüber errichtende Contracte und dispositiones in allen ihren Puncten und Clauseln dergestalt vor genehm gehalten haben wollten, daß ihr Consens gegen Producirung dieses Reverses jedesmal für geleistet geachtet werden sollte, wenn ihnen nur bey vorgehender Apertur, Alienation, oder Disposition die ihnen ausgesetzten 600 Rthl. jederzeit unverlustig blieben; folgbar dem Mitbelehnten, Hr. Cammerherrn von Beust, in seinem Rechte kein Eintrag geschiehet, wenn auf die in Frage gebrachte Art, gegen Auszahlung seiner 300 Rthl., über das Gut disponiret wird: So sind wir

wir der in Rechten gegründeten Meinung, daß, wenn der Hr. Geheimderath von Beust das Gut Langenorla an seinen ernannten Hr. Sohn verkauft, und dem Hr. Cammerherrn, Carl Leopold von Beust, sothane 300 Rthl. auszahlet, dieses seine Einwilligung in diese Veräusserung für schon geleistet, und die gesammte Hand für resigniret zu achten, folglich dem Lehnherren, auch ohne nochmalige Einwilligung des Mitbelehntens, benannten Käufer mit selbigem Gute, nach dem Rechte eines neuen Lehns, wiederum zu beleihen, frey stehe. V. R. W.

LXVIII.

Die ohne Einwilligung des Lehnherrens von dem Lehnmanne geschehene antichretische Verpfändung des Lehnes ist nicht ungültig, und giebet dem Pfandgläubiger auch wider denjenigen, welcher in selbige zwar nicht gewilliget, jedoch von Zeit der ihm angefallenen Succeßion binnen dreysig Jahren solche nicht angefochten hat, ein Recht, ihm das verpfändete Lehn nicht anders, als gegen Erstattung des Pfandschillings, abzutreten.

§. 1.

Schon die Vernunft lehret, daß einer dasjenige, was ihm gar nicht nachtheilig ist, auf keine Weise anzufechten ein gegründetes Recht habe. Dahero, obgleich die Lehnrechtslehrer einhellig der Meinung sind, daß nach dem Longobardischen Rechte k) der Lehnmann ohne Einwilligung seines Lehnherrens das Lehn seinem Gläubiger nicht pfandweise eingeben könne, ist dieser Satz jedoch nach der ausdrüklichen Ursache des Gesetzes l) nur auf den Fall einzuschränken, wenn der Vasall durch solche Verpfän-

k) II. F. 55 in den Worten: *ut mihi liceat feudum totum vel partem aliquam vendere*, vel pignorare, *vel quocunque modo distrahere seu alienare*, *vel pro anima iudicare*, sine permissione illius domini ad quem feudum spectare dignoscitur.

l) in dem angezogenen Text II. F. 55. mit den Worten non modicas accepimus querelas, quod beneficia eorum et feuda, quae vasalli ab eis retinebant, sine dominorum licentia pignori obligauerant, et *quadam collusione* nomine libelli vendiderant, *vnde debita seruitia amittebant: et honor imperii, et nostrae felicis expeditionis complementum minuebatur*.

pfändung den Lehnherren um sein an dem Lehne zuständiges Eigenthum zu bringen suchet, oder ausserdem sich dadurch zur gehörigen Leistung der Lehndienste untüchtig macht. Gesetzt also, daß durch dergleichen Verpfändung des Lehnes keins von beyden geschiehet, so darf selbige auch nicht für ungültig geachtet werden m).

§. 2.

Nach den alten teutschen Gesetzen und Verträgen war die Pfandeingebung eine Art der Veräusserung, indem der Pfandesinhaber an der verpfändeten Sache, so lange sie nicht wieder eingelöset wurde, ein Eigenthum erlangte n). Ferner schon vor dem Kayser **Friedrich den ersten** hatte der Kayser Lothar der zweyte in zwölften Jahrhunderte die Lehne ohne Einwilligung der Lehnherren zu veräusern, den Vasallen untersaget o). Und daraus ist zu begreiffen, warum die Versetzung des Lehnes als eine dem Lehnherren nachtheilige Handlung, ohne dieses seine Einwilligung nach dem alten teutschen Rechte nicht bestand. Allein dem ungeachtet ist sie doch nicht, nach dem neuern teutschen Rechte, dem Lehnherren für nachtheilig, und also auch nicht für ungültig zu achten.

§. 3.

Die Behauptung des eben vorgetragenen Satzes, daß nämlich die Versetzung des Lehns, welche ohne Einwilligung des Lehnherrens geschiehet, diesem, nach dem neuern teutschen Rechte, nicht nachtheilig sey, ergiebet sich daraus, weil, nach Einführung des Römischen Rechtes, und dessen Verordnungen p), der Pfandgläubiger an der ihm verpfändeten Sache kein Eigenthum mehr erlanget, wenn ihm auch so gar der Schuldner dieselbe dergestalt, daß er sie auf den Nichtzahlungsfall zu eigen behalten sollte, eingesetzt hätte. Ja der Pfandgläubiger hat auch kein Recht das Pfand zu nutzen q), wofern ihm dieses der Schuldner, zur Vergütung der Zinsen, durch den antichretischen Vertrag r) nicht verwilliget haben sollte. Da nun aber der Lehnmann über die Früchte des Lehnes,

m) Siehe Num. LXVI.

n) Sächß. Landr. *lib.* 2. *art.* 24. und 60, ingleichen *lib.* 3. *art.* 5. Meyer von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers §. XI.

o) *II. F.* 55. und *II. F.* 24. §. 12.

p) *l.* 35. §. 1. *D.* de *pignor. act. l. ult. C. de pact. pignor.*

q) §. 6. *I. de oblig. quae ex del.*

r) *l.* 11. §. 1. *D. de pignor. et hypoth.*

Lehnes, wenn dadurch dem Lehnherren in Ansehung der zu leistenden Lehndienste kein Eintrag geschiehet, so lange er lebt und das Lehn behält, oder auch nach seinem Tode solche Lehnsfolger, die zugleich seine Allodialerben sind, hinterläst, nach Gefallen, als über das Seinige, disponiren kann, so ist ihm auch unverwehrt, das Lehn seinem Gläubiger bis dahin ohne Einwilligung so wie des Lehnherrens, also auch der Lehnsagnaten und Mitbelehnten antichretisch zu verpfänden s).

§. 4.

Dem stehet nicht entgegen, daß der Pfandgläubiger das Pfand, wenn ihm der Schuldner zu gesetzter Zeit nicht befriediget, zu veräussern die Macht hat t), und daß also, wie man spricht, der Versatz ein Weg zur Veräusserung sey. Denn dieses macht noch keine würkliche Veräusserung aus. Soll es hierzu kommen, so mag alsdenn der Vasall erst um die Einwilligung in selbige bey seinem Lehnherren nachsuchen. Verweigert sich dieser derselben, so mag es sich der Gläubiger selbst beymessen, daß er nicht gleich anfänglich auf seine Sicherheit besser bedacht, oder nur bis dahin mit der Verpfändung zufrieden gewesen. Genug daß doch die antichretische Verpfändung ohne Veräusserung des Lehnes so lange, als der Vasall, so selbige unternommen, lebet und das Lehn behält, oder auch nach seinem Tode solche Lehnsfolger, die zugleich seine Allodialerben sind, hinterläst, in seiner Fortdauer bestehet.

§. 5.

Hingegen wird das antichretisch verpfändete Lehn dem Lehnherren eröfnet, oder daß annoch die Lehnsfolge in selbiges an solche Agnaten oder Mitbelehnten gelanget, welche die Schulden des den Lehnsversatz unternommenen Vasallens zu bezahlen nicht verbunden sind; so können selbige die Abtretung des verpfändeten Lehnes, ohne Erstattung des Pfandschillinges, von dem dasselbe besitzenden Pfandgläubiger, oder dem dieser solches mit seinem daran habenden Pfandrechte abgetreten, binnen dreysig Jahren verlangen. Hingegen haben sie diese vielen Jahre von

 Zeit

s) SCHRADER in tract. feud. *part.* 8. *cap.* 1. *num.* 25. RHETIVS *comment. in jus feud. comm. lib.* 1. *tit.* 5. ad verba: *aut pro pignore plus medietate obligauerit. num.* 4. STRVV in *synt. jur. feud. cap.* 12 §. 7. *num.* 3. TITIVS in teutschen Lehnrecht, XVI. Haupst. §. 28. Struben in rechtl. Bedenk. *II* Th. Num. *CVI.*

t) *l.* 4. *D. l.* 7. *C. de distr. pign. et hypoth.*

Zeit der ihnen angefallenen Succeßion vorbey streichen lassen, und sie fordern das verpfändete Lehn nachhero erst von dem Pfandgläubiger oder dessen Ceßionar, der solches besitzet, heraus, so hat dieser durch solchen langwierigen geruhigen Besitz auch wider selbige, sie mögen um die Verpfändung gewußt oder nicht gewußt haben, das Pfandrecht mittelst dieser Verjährung sich erworben u). Daß er ihnen also dieses verpfändete Lehn anders nicht, als gegen Erstattung des Pfandschillinges herauszugeben braucht. Denn da ist ihr Stillschweigen, daß sie sich während einer so grosen Reyhe von Jahren um ihr Recht nicht bekümmert, sondern dem Gläubiger das Lehn pfandweise gelassen haben, Statt ihrer Einwilligung in das Pfandrecht anzunehmen x), daß er also auch wider sie bis zu seiner Befriedigung nunmehro an dem Lehne die Retention ausüben kann y).

Rechtsfall

Die Gevettere von Ilten tragen von dem Könige in Großbritannien, als Churfürsten zu Hannover eine in der Aegidien Masch vor Hannover gelegene Wiese, die Kugeltimpe genannt, zu Lehen. Diese Wiese haben die von Ilten in vorigem Jahrhunderte der Familie Bavenstedte als ein Afterlehn eingethan. Einer dieser Familie, Nahmens Heise Bavenstedte versetzt diese Wiese im Jahr 1612 an den Bürger Böker oder Bötticher für 215 Thaler. Der damalige Iltensche Geschlechtsälteste, Werner von Ilten, williget als Afterlehnherre in diese Verpfändung, jedoch so, daß diese Wiese, wenn Lehnsfälle kämen, von ihm und seinen Gevettern zu rechter Zeit gesonnen, aufs neue empfangen, und die Gebühr dargegen überreichet würde. Hierauf geschiehet es, daß die von Bavenstedte verschiedene Lehnsfälle versitzen, und deshalb dieser zu Afterlehn gehabten Wiese verlustig, hingegen die Gevettere Timäus anderweit damit beliehen werden. Indessen ist nun auch der gedachte Werner von Ilten mit seinen männlichen Lehnsnachkommen verstorben, daß die von Iltenschen Lehne an dessen von ihm nicht abstammende Vettern, von welchen die jetzigen Herrn von Ilten ihre Lehnsfolge herleiten, gelanget sind. Während der Zeit nun aber, daß die von Iltenschen Lehne auf die Vettern des

u) *II. F. 9. cap. 1. l. 3. l. 4. C. de praescript. trig. vel quadr. annor.*

x) *arg. l. 10. pr. D. si servit. vindic.*

y) *l. 6. §. 9. D. commun. divid. l. 10 C. de pignor. act.*

des Werners von Ilten gebracht worden, und welches bereits vor hundert Jahren geschehen, ist die mehrerwehnte Wiese in ihrer alten Beschaffenheit, nämlich als eine antichretisch verpfändete Lehnwiese nach und nach an verschiedene Personen, besonders nun auch an die Dorothee Louise Wedemeyerin gekommen. Welche selbige zuletzt im Jahr 1764 in gleicher Qualität, mit allen bisher daran gehabten Rechten an den Oberförster Lübken für 220 Thaler in Pistolen, das Stück zu 5 Thaler gerechnet, abgetreten hat. Dieser wird nun als dermaliger Besitzer derselben im Jahre 1771 in Anspruch genommen, indem die jetzigen Herrn von Ilten ihren Aftervasallen, den Gevettern Timäus, diese Wiese von ihm zu vindiciren aufgegeben. Indem nun selbige deshalb die rei vindicationem vtilem wider ihn anstellen, so begründen sie das Recht, aus welchem sie die Abtretung der Wiese von ihm verlangen, darauf, daß die jetzigen Herren von Ilten an die Verpfändung dieser Wiese nicht gebunden wären. Zur Ursache wird angeführet, weil eines Theils, der Consens in selbige, wegen der von den Bavenstedten bey vorkommenden Lehnsfällen verabsäumten Lehnserneuerung, vorlängst erloschen wäre, und, andern Theils, ihnen, den jetzigen Herrn von Ilten, da sie keine Descendenten von weiland dem Werner von Ilten, in Ansehung dieser aus dem Vertrage und der Vorsorge ihrer Vorfahren auf sie gekommene Wiese, die Unternehmungen des Werners von Ilten nichts angiengen.

Beklagter erkläret sich, wie er zufrieden sey, daß Klägere diese Wiese wieder einlöseten, er wollte ihnen deren Besitz abtreten, so bald sie ihm die, nach ihrem eigenen Geständnisse, mit lehnsherrlichen Consens darauf geliehenen 215 Thaler alter Zinnischer Wehrung wieder gäben. Hierzu müsten sie sich verstehen, weil ihnen, wegen des auf diese Weise sich wohl erworbenen Pfandrechtes, die Einrede der längsten Verjährung entgegen stünde.

Es wird darauf den 20sten Jenner 1774 von dem Amte folgender masen erkannt:

Sentenz.

Nachdemmahlen Klägere dargethan, daß die jeztlebende Familie von Ilten keine Descendenten weiland Werners von Ilten sey, welcher als damaliger Senior seinen Consens zu der Verpfändung dieser Lehnswiese *qu.* ertheilet, mithin solche *ex*

pacto et prouidentia majorum auf sie gekommen, dannenhero dessen *facta* zu prästiren um so weniger gehalten, da in denen *constitutionibus* vom 2ten April 1604 und 29sten May 1612 verordnet worden:

> daß kein Lehnmann seine Lehen ohne Vorbewußt und Consens seines Lehnsherren verkaufen, verpfänden oder in einige andere Wege beschweren, und, wer dem zuwider handeln würde, sich *ipso facto* ohne einigen vorhergehenden Proceß seines Lehns, auch Afterlehns verlustig gemacht haben solle,

mithin der von weiland Werner von Ilten als Vasall ertheilte Consens zu dieser von Seiner Großbrittannischen Majestät zu Lehn gehenden Wiese *ipso jure* ungültig, und dann die vorgeschützte *exceptio praescriptionis* dem Beklagten nicht zu statten kommen kann, allermasen er durch die im Jahre 1764 geschehene Ceßion sothaner Wiese kein dingliches Recht acquiriret: So wird die Wiese *qu.* denen Klägern eingeräumet und dem Beklagten untersaget, sich derselben ferner anzumassen; es könnte und wollte denn derselbe innerhalb sechs Wochen gehörig bescheinigen, daß der Landesherr als *dominus directus* in die Verpfändung dieser Lehnswiese consentiret, worauf sodann ferner ergehet, was Recht ist. Uebrigens aber bleibet dem Beklagten unbenommen, den Regreß an seinen Cedenten zu nehmen; auch werden die in dieser Sache verwendete Kosten aus bewegenden Ursachen compensiret. V. R. W.

Beklagter ergreift darwider, wegen der ihm ohne Ersatz des Pfandschillinges auferlegten Restitution der Wiese, die Appellation. Und die Justitzcanzelley ertheilet den 29sten December 1774 folgende reformatorische

Appellations-Sentenz.

Nachdemmahlen dahier von einer dem Oberlehnherrn nachtheiligen Veräusserung des Lehnes keinesweges, sondern von dessen Genus die Frage, welcher so lange des Afterlehnmannes oder *consentientis domini directi* Mannstamm vorhanden, nach den gemeinen und hiesigen Lehnrechten wohl jemanden *antichretice* vergönnet werden mag; der Consens der von Ilten auch wegen

wegen ihres so vieljährigen Stillschweigens zu vermuthen, oder doch solcherwegen die *actio revocatoria* längst präscribiret worden, so ist vom Richter erster Instanz übel gesprochen, wohl appelliret, mithin Appellant nur gegen Erstattung des Pfandschillinges die Wiese *qu.* den Appellaten abzutreten schuldig. Wie wir also reformiren, absolviren, schuldig erkennen und die aufgewande Proceßkosten vergleichen. V. R. W.

Beyde Theile wenden darwider die Supplication ein. Die Klägere und Appellaten um deswillen, weil Beklagter nur gegen Erstattung des Pfandschillings die qu. Wiese an sie abzutreten schuldig erkannt worden, der Beklagte und Appellant aber aus der Ursache, weil die aufgewandten Proceßkosten verglichen seyn sollten.

Die Acten werden, nach geendigten Schriftwechsel hieher geschickt, und der Schöppenstuhl spricht in April 1776 nach H** folgendes

Urthel.

Auf eingewandte Supplicationen, deren Justification und darwider vorgeschützte Einreden der Gevettere Timäus, Klägerer an einem, des Oberförsters Lübkens, Beklagtens am andern Theil, beyderseits resp. Supplicanten und Supplicaten, erkennen Königlich Großbritannische zur Churfürstl. Braunschweig. Lüneburg. Justitzcanzelley verordnete Canzelley-Director und Räthe, nach eingehohlten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, vor Recht:

Daß es, der eingewandten Supplicationen ungehindert, bey der am 29ten December 1774 eröfneten *num. 32. act. appell.* befindlichen Sentenz billig verbleibet, iedoch werden die von beyden Theilen auf gegenwärtige Supplicationen verwandten Unkosten gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl I) der Klägere Beschwerde belangend, selbige zu deren Begründung anführen, daß 1) nach den gemeinen Lehnrechten und besonders nach dasigen Landesverordnungen von 3ten April 1593 und 2ten April 1604 die Versetzungen der Lehne mit unter die dem Oberlehnsherren nachtheiligen Veräuserungen gerechnet würden, und dahero ohne dessen Einwilligung

willigung nicht bestünden; in die qu. Verpfändung aber der König als Oberlehnsherr nicht gewilliget hätte; sodann 2) von ihnen num. 22. act. prim. inst. dargethan worden sey, daß von dem Werner von Ilten, als ehemaligen Afterlehnherren, so in die qu. Verpfändung seine Einwilligung gegeben, kein Mannsstamm mehr vorhanden sey, und die jetztlebenden Herren von Ilten, welche ihnen, Klägern, als ihren Aftervasallen die qu. Wiese von Beklagtem zu vindiciren aufgegeben, als dessen von ihm nicht descendirende Agnaten, welche in die Lehne iure proprio ex prouidentia maiorum succedirt, durch seine Handlungen nicht verbunden worden wären; auch 3) auf den Mannstamm der Bavenstedter, als ehemaligen Aftervasallen, von welchen Heisen Bavenstedter die qu. Wiese im Jahr 1612 an den Bürger Böcker oder Bötticher für 215. Rthlr. versetzet, jetzo nichts mehr ankomme, indem Beklagter, daß die Bavenstedter schon seit langen Jahren ihrer Iltenschen Afterlehne verlustig geworden, nicht in Abrede stellte; solchemnach der Fall, in welchem die Hypothek annoch in den Lehnsfrüchten bestehen könne, nicht vorhanden sey; sowohl 4) von Seiten der von Ilten wegen ihres so vieljährigen Stillschweigens kein Consens zu vermuthen wäre, weil Beklagter, daß selbige gewußt, wer die qu. Lehnwiese besitze, nicht würden darthun können; bey einem Unwissenden aber gar keine Einwilligung vorhanden sey; in Gegentheil aus den Rescripten von 15den September 1666 und 5ten October 1716, num. 46 und 47 act. appell. hinreichend abzunehmen wäre, daß sie ihren Widerwillen gegen die von ihren Agnaten unternommene Veräusserungen und Verpfändungen durch die so wohl bey der Lehnscurie, als auch bey der Königlichen Justitzcanelley geführten Beschwerden sattsam zu erkennen gegeben, und schon in den angezogenen Jahren die geschehenen Verpfändungen von der Lehnscurie als unzuläßig gemisbilliget worden wären; solchemnach nun auch 5) die actio revocatoria wegen ihres vieljährigen Stillschweigens nicht für verjährt zu achten sey, indem diese Klage nur alsdenn, wenn das Eigenthum einer Lehnssache auf einen andern gebracht worden, den Agnaten aus der angefallenen Lehnssucceßion zustünde; bey der in Anspruch genommenen Lehnwiese aber keine Translation des Eigenthums vorgegangen sey, weil Beklagter an dem Eigenthume dieser Wiese keinen Anspruch mache, sondern, daß er selbige nur als ein Pfand besitze, selbst gestünde und selbige gegen Erstattung des darauf hergeliehenen Pfandschillings herauszugeben sich erkläret hätte; ein Pfandgläubiger aber, weil er wüste daß die ihm verpfändete Sache einem Andern zugehörte, und solche aus keinem Eigenthumsrechte besäße, selbige durch

durch keine Usucapion erwerben könnte; dahero denn auch Beklagter der wider ihn angestellten rei vindicationi vtili keine Verjährung entgegen setzen möchte, so wenig derselbe 6) von dem jetzigen Herren von Ilten, daß sie ihm das von Heisen Bavenstedt darauf angeliehene Geld gegen die Zurückgabe der Wiese bezahlten, zu verlangen befugt sey, massen weder sie selbst, noch ihre Vorfahren, von welchen sie abstammten, diese Schuld gewürket oder in selbige gewilliget hätten; und da überdem, obigen Gründen nach, das auf diese Weise constituirte Pfandrecht wegen des nicht ertheilten oberlehnsherrlichen Consenses gleich anfänglich ungültig gewesen, es auch dadurch, daß die Descendenz des Werners von Ilten, welcher als Afterlehnherr in die Verpfändung gewilliget, ausgestorben, vorlängst erloschen, dem Beklagten wegen dieser Wiese weder ein persönliches noch dingliches Recht gegen Klägere zustünde, sondern er lediglich an denjenigen, mit welchem er contrahiret hätte, sich halten müßte; hiernächst II) Beklagter seine Beschwerde damit zu rechtfertigen suchet, daß, weil Klägere keine wahrscheinliche und gründliche Ursache zu proceßiren gehabt, sie auch die Proceßkosten zu übernehmen schuldig wären; mithin, daß allenthalben anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. I) in Ansehung der Klägere Beschwerde, die Gründe, womit sie dieselbe zu unterstützen gesucht, nicht von der Erheblichkeit sind, daß deshalb die vorige Sentenz abgeändert werden mögen, gestalten ad 1) nicht eine jede Verpfändung des Lehnes, welche ohne Einwilligung des Lehnherrens geschiehet, für unerlaubt und ungültig zu halten, sondern nur diejenige, welche zum Schaden des Lehnherrens, und aus der Absicht den Lehnherren um sein Oberlehnseigenthum zu bringen, vorgenommen wird, nach den gemeinen Rechten z) so wohl, als dasigen Landesverordnungen, dahin zu rechnen ist, indem die von Klägern aus der Verordnung vom Jahr 1604 num. 45. act. app. selbst angezogenen Worte deutlich zu erkennen geben, daß der Lehnherr die ohne seinem Willen geschehene Verpfändungen aus der Ursache seinen Gerechtsamen für nachtheilig hält, weil etliche Gläubiger die ihnen von den Lehnleuten verunterpfändeten und eingeräumten Lehngüter nicht anders als ihr erb und eigen gebrauchten, und dadurch das dominium der Lehnherren zu intervertiren und zu verrücken sich anmaßten; folgbar

z) II. *F.* 55. in verbis: *et quadam collusione.* Struben in rechtlichen Bedenken II. Theil Num. *CVI.*

folgbar diejenige Verpfändung des Lehnes, welche von dem Vasallen an seinen Gläubiger nur in der Mase geschiehet, daß er diesem das Lehn blos bis zur Wiedereinlösung zu nutzen eingiebet, und also antichretisch verpfändet, nicht aber dergestalt, daß er selbiges, seines wieder zu erlangenden Pfandschillinges halber, dereinsten ohne Genehmigung des Lehnherrens und der Agnaten zu veräussern, oder sich dasselbe an Zahlungsstatt zuzueignen die Macht haben sollte, überläst, den Rechten nach ohne Einwilligung des Lehnherrens gar wohl bestehet a); die qu. Wiese aber, wie Klägere selbst einräumen, nur antichretisch und so gar mit ausdrücklicher Einwilligung des dabey allernächst intereßirten Afterlehnherrens, als welche gemeinen Lehnrechten nach hinreichend ist b), in Jahr 1612 an den Bürger Böttiger verpfändet worden ist, und ob dieses gleich, juxt. doc. sub A. ad num. 1. act. prim. inst. mit dem Anhange: so ferne, wenn die Lehnfälle kommen, dasselbe, von mir und meinen Gefettern zu rechter Zeit gesinnen, uffes neue empfangen und die Gebür dargegen überreichet würden: geschehen, dieses jedoch nur dahin, daß bey sothaner Verpfändung dem ungeachtet, die Lehnsverbindung zwischen ihm, dem einwilligenden Afterlehnherren, und verpfändenden Aftervasallen unverletzt bleiben, keinesweges aber dahin, daß die Einwilligung in diese Verpfändung alsdenn, wenn der Aftervasall bey vorkommenden Lehnsfällen von ihm, dem Werner von Ilten, und seinen Gevettern die Lehn nicht gehörig gesinnen und empfangen würde, erloschen und der Gläubiger seines Pfandrechtes hiedurch gleich wiederum verlustig seyn sollte, auszulegen ist; dahero ad 2) und 3), obgleich nach der Zeit die von Bavenstedte verschiedene Lehnsfälle versessen, und dadurch ihrer Afterlehne verlustig geworden, dem ungeachtet der Gläubiger sein antichretisches Pfandrecht an dieser Wiese annoch bis zur Wiedereinlösung behalten hat, ohne daß der Umstand, wasmasen die jetztlebenden Herrn von Ilten an die ohne ihrer Vorfahren Miteinwilligung in die von dem Werner von Ilten geschehene alleinige Consentirung in die Verpfändung der qu. Wiese nicht gebunden wären, dem Beklagten entgegen stehet, angesehen ad 4) et 5), nach Ausgang des Mannsstammes des Werners von Ilten, die jetzigen Herren von Ilten und deren Vorfahren von Zeit der ihnen bereits vor 100 Jahren angefallenen Lehnssucceßion ihres Rechtes, die qu. Wiese ohne Ersatz

a) STRVV in *synt. iur. feud. cap.* 12. §. 7. *num.* 3. Struben a. a. O.

b) *II. F.* 55. vermöge der Worte: sine permissione illius domini *ad quem feudum spectare* dignoscitur. STRVV in *synt. iur. feud. cap.* 13. §. 2. *not.* 2.

Ersatz des Pfandschillinges rei vindicatione vtili von deren Pfandbesitzer zu revociren, sich nicht bedienet haben, masen daß dieses im Jahr 1666 und 1716 geschehen sey, aus den Rescripten num. 46 und 47 act. app. nicht abgenommen werden mag, und auch von Jahr 1716 bis zum Jahre 1771, da die Klage wider Beklagten angestellet worden, schon wiederum über 50 Jahr verstrichen, binnen welchen die Pfandbesitzere der Wiese nicht in Anspruch genommen worden sind; binnen dreysig oder vierzig Jahren aber alle Klagen dergestalt erlöschen, daß den Klägern wider diese Verjährung, auch selbst nach den Lehnrechten c), keine Unwissenheit zu statten kommt d); welches in dermaligem Falle, da, obausgeführten Gründen nach, die Verpfändung der qu. Wiese gleich anfänglich auf gültige Art geschehen, und dahero die Besitzer derselben in gutem Glauben sich befunden, Beklagter auch das Pfandrecht mit rechtmäsigem Titel, nämlich, nach der eigenen von Klägern zu den Acten gegebenen Beylage sub B. ad num. act. 1, durch eine Ceßion gegen 220 Rthl. in Pistolen, das Stück zu 5 Rthl. gerechnet, an sich gebracht, um so weniger einigem Zweifel unterworfen ist, als Beklagter mit der vorgeschützten Einrede der Verjährung der längsten Zeit, an der Wiese nicht das Eigenthum usucapirt, sondern nur das Recht, die Wiese nicht ohne Wiedereinlösung herauszugeben, erlangt zu haben, zur Absicht hat, und dem zu Folge nun auch ad 6) Klägere, obgleich weder die jetzigen Herrn von Ilten, noch ihre Vorfahren, das Geld auf die Wiese erborget, oder darein gewilliget, aus dem Grunde, weil sie sich an dem Rechte, die Wiese ohne Wiedereinlösung zu vindiciren, bey dem Ablaufe einer so großen Zeit verschwiegen, unmittelbar aus den Gesetzen der Verjährung zur Erstattung des Pfandschillinges verbunden sind, wenn sie die Wiederabtretung der Wiese von Beklagten, als wider welchen, wegen des ihm solchergestalt daran zustehenden Retentionsrechtes e), sonst ihre Vindicationsklage anderer Gestalt nicht Statt findet, mit Recht verlangen wollen; hingegen II) des Beklagtens Beschwerde belangend, in dem vorigen Urthel, weil Klägere bereits die Sentenz num. 25. act. prim. inst.

 vor

c) *II. F. 9. cap. 1.*

d) *l. 3. l. 4. C. de praescr. trig. vel quadr. annor. Nov. 19. l. vlt. C. de fund. patrim. l. fin. et Auth. Malae fidei C. de praescr. long. temp.* STRVV in *synt. iur. civ. exerc. 8. §. 76.* SCHOEPFER in *synops. iur. rom. lib. 4. tit. 7. num. 24.* LEYSER *spec. 60. med. 5.* WERNHER in *sel. obs. for. tom. III. part. 2. obs. 483.*

e) *l. 6. §. 9. D. commun. divid. l. 10. C. de pignor. act.*

vor sich gehabt, die aufgewandten Proceßkosten wohlgegründet gegen ein ander, so wie auch dermalen die Supplicationsunkosten, weil wider beyde Theile zu sprechen gewesen, compensiret worden sind: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LXVIIII.

Rechtliches Gutachten

nach C** in September 1773.

1. Der Vertrag, wodurch die Söhne bey der Theilung der väterlichen Lehngüter unter sich einig geworden, daß einem jeden von ihnen auch ohne ausdrückliche Einwilligung der Andern über seine ererbten väterlichen Lehngüter, sowohl unter den Lebendigen, als auf den Todesfall, zu disponiren frey stehen sollte, ist ohne Einwilligung des Lehnherrens zu Recht beständig.
2. Dieser Vertrag kann auch von dem Sohne des Verstorbenen einen Paciscentens nicht angefochten werden, zumal wenn derselbe
3. von dem einen väterlichen Mitpaciscenten den auf den Fall der geschehenen freyen Disposition bestimmten Lehnstamm angenommen haben sollte.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst dreyen Fragen z. n. d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Haben drey Gebrüdere von Adel, namentlich Ernst, Constantin und Georg, als sie sich, nach dem Absterben ihres Vaters, in die von demselben hinterlassenen Lehngüter getheilet, und jeder davon zwo Lehngüter erhalten gehabt, untereinander einen Vertrag errichtet, und sich wechselsweise dahin reversiret, daß einem jeden von ihnen, auch ohne ausdrückliche Einwilligung der Andern, über seine ererbten väterlichen Lehngüter, so wohl unter den Lebendigen, als auf den Todesfall, zu disponiren, vollkommen freystehen, und er, auf solchen Fall, nur den andern beyden Brüdern einen gewissen bestimmten Lehnstamm auszuzahlen schuldig seyn sollte. Haben sie nun auch weder des Lehnherrens Consens in diesen Vertrag ausgewürket, noch auch überhaupt demselben davon etwas kund werden lassen. Haben selbige aber die einander reciprocirlich zustehende

zustehehende Mitbelehnschaft und gesammte Hand, so oft solche in der Person des Lehnherrens zu Falle gekommen, von neuen gesuchet und empfangen. Hat nun von diesen dreyen Eingangs gedachten Brüdern keiner als Ernst, welcher zu erst verstorben, einen Leibeslehnserben, Nahmens Ferdinand, erzeuget. Ist, einige Jahre nach Ernsts Tode, auch Constantin verstorben, und hat dieser ein Testament hinterlassen, worinne er seinen noch lebenden Bruder Georgen zum alleinigen Erben seiner Lehngüter eingesetzet, seines vorher verstorbenen Bruders Ernst hinterlassenen Sohn Ferdinand aber übergangen hat. Ist es nun auch geschehen, daß dieser Ferdinand von seinem Oncle, dem gedachten Georgen, welcher der Lehngüter des verstorbenen Constantins sich alleine angemaset, in Abschlag der ausgesetzten Lehnstämme, ein ansehnliches erhoben, und Quittungen darüber ausgestellet hat. Ist nun aber dieser Ferdinand in Zweifel, ob sein verstorbener Oncle Constantin ihm die beyden Lehngüter, so derselbe bey der Vertheilung nach seines Vaters Tode erhalten gehabt, durch sein Testament habe entziehen können. Entstehen dahero folgende Fragen:

1) Ob der zwischen den drey Gebrüdern, Ernst, Constantin und Georg, ohne Einwilligung des Lehnherrens errichtete Lehnsvertrag an sich zu Recht beständig sey?

2) Ob dieser Vertrag, wenn er allen Falls unter den Contrahenten bestehet, auch ihre Erben, welche in der ersten Investitur mit begriffen, verbinde, und folglich Ferdinand seinem Oncle Georgen die vom Constantin ererbten Lehngüter alleine zu überlassen schuldig sey?

3) Ob Ferdinand, wenn ihn auch seines verstorbenen Vaters mit seinen beyden Brüdern geschlossener Lehnsvertrag an sich nicht verbinde, dennoch nicht wenigstens durch Annehmung eines Theils des Lehnstammes selbigen agnosciret habe, und also solchen Lehnsvertrag zu erfüllen schuldig sey?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, ein Lehnmann wegen seines an dem Lehne nur habenden Nutzeigenthums, und des seinem Lehnherren daran zustehenden Obereigenthumes und der besondern Treue, womit er seinem Lehnherrn verpflichtet ist, ohne dieses seine Einwilligung das Lehn bey dessen Verlust, weder gantz, noch zum Theil veräussern darf; und also die ohne Einwilligung des Lehnherrens vorgenommene Veräu-

 serung

serung des Lehnes zu Recht nicht bestehet f); in der Geschichtserzählung aber erwehnet worden, daß die drey Gebrüdere, Ernst, Constantin und Georg, sich dergestalt unter die von ihrem Vater hinterlassenen Lehngüter getheilet haben, daß man dabey zugleich verabredet, daß ein jeder von ihnen, auch ohne ausdrückliche Einwilligung des Andern, über seine ererbten väterlichen Lehngüter, so wohl unter den Lebendigen, als auf den Todesfall, zu disponiren die vollkommen freye Macht haben sollte; zu diesem Vertrage aber weder des Lehnherrens Einwilligung ausgewürket, noch überhaupt demselben davon etwas kund gemacht worden ist; mithin, daß der zwischen den drey Gebrüdern, Ernst, Constantin und Georg, ohne Einwilligung des Lehnherrens errichtete Lehnsvertrag an sich zu Recht nicht beständig sey, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. durch den beregten Lehnsvertrag noch keine würkliche Veräuserung geschehen, sondern einem jeden der dreyen Brüder, über die ihm bey der Theilung zugefallenen väterlichen Lehngüter frey zu disponiren, nur die Macht gegeben worden; sodann auch die blossen Verträge, so der Veräusserung wegen, nur erst geschlossen, aber noch durch keine Uebergabe vollzogen worden, nicht für unerlaubt zu halten sind, masen dieselben dem Lehnherrn noch zu keinem Nachtheil gereichen, und es vor Vollziehung eines solchen Vertrages eines Theils noch ungewiß ist, ob nicht der Vasall seinen Lehnherren um dessen Consens in die Veräuserung des Lehnes annoch ersuchen wird; andern Theils solche Verträge, wegen noch nicht geschehener Uebergabe, auch noch nicht für eine Veräuserung zu halten sind; dieserhalb nun auch von bewährten Lehnrechtslehrern, mit Beystimmung der Gesetze, daß dergleichen Verträge, wodurch man nur erst dem andern das Lehn zu überlassen versprochen, ihm aber selbiges noch nicht würklich überlassen hat, nicht unerlaubt sind, und den Verlust des Lehnes noch nicht nach sich ziehen, einhellig behauptet wird g); zu geschweigen, daß wenn auch ein Lehn ohne Einwilligung des Lehnherrens würklich veräusert worden, dieserhalb jedoch der zuvor über die Veräuserung errichtete Vertrag nicht an sich selbst, sondern nur auf den Fall, da der Lehnherr seine Genehmigung nachhero verweigern sollte, null und zu Recht

f) *II. F. 52. II. F. 55. pr.*

g) *l. 67. D. de verb. signif. l. 20. C. de pact.* ROSENTHAL *cap. 9. concl. 12. num. 3.* STRUV in *synt. iur. feud. cap. 13. §. 9. num. 4.* HORN in *iurispr. feud. cap. 23. §. 11.*

Recht nicht beständig ist h); hierzu nun kommt, daß, obgleich Constantin des, ihm in dem gedachten Lehnsvertrage verwilligten Rechtes sich bedienet, und seinen noch lebenden Bruder Georgen zum alleinigen Erben seiner Lehngüter im Testamente eingesetzet, und dieser sich nach seinem Tode der Lehngüter alleine angemasset, dieses jedoch für keine Veräusserung des Lehnes eigentlich gehalten werden mag; gestalten dadurch das Lehn auf keinen Fremden, sondern auf einen solchen, der bereits aus der ersten Investitur, und vermöge der Mitbelehnschaft zu succediren ein Recht hat, gekommen ist; dergleichen aber ohne Einwilligung des Lehnherrens zu unternehmen, einem Lehnmann, weil dadurch dem Lehnherren kein fremder Lehnfolger aufgedrungen, sondern das Lehn nur einem solchen, dem der Lehnherre bereits vorhero ein Recht in das Lehn zu succediren verwilliget hat, überlassen wird, nicht verbothen, sondern vielmehr erlaubt ist i): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß der zwischen den drey Gebrüdern, **Ernst, Constantin** und **Georgen**, ohne **Einwilligung** des Lehnherrens errichtete Lehnsvertrag an sich zu Recht beständig sey.

Obwohl, die zweyte Frage betreffend, denenjenigen, welche von dem Erwerber eines Lehnes abstammen und bereits in dessen Person mit beliehen, oder sonst in die Mitbelehnschaft aufgenommen worden, ihr daher entspringendes Recht, alsdenn, wenn selbige die Ordnung, in das Lehn succediren zu können, trift, durch keine Veräuserung entzogen werden mag, sondern selbige, wenn die Ordnung zu succediren an sie kommt, das veräuserte Lehn von einem jeden Besitzer desselben revociren können k); Ferdinand aber nicht nur als ein männlicher Nachkomme unter der Belehnung des ersten Erwerbers der Lehngüter, so bereits sein Großvater besessen, mit begriffen ist, sondern auch, nach seines Großvaters Tode und der darauf geschehenen Theilung dieser Lehngüter, aus der Mitbelehnschaft seines Vaters Ernsts, ein Recht in solche Lehngüter mit zu succediren erlanget, und nach Constantins Tode, ihm auch die Ordnung, in dessen von seinem Vater und Ferdinands Großvater herrührende Lehngüter mit seinem Oncle Georgen zu succediren, getroffen hat; mithin, daß der Vertrag, welchen

h) WERNHER *part.* 3. *obs.* 151.

i) *II. F.* 3. §. 1. *II. F.* 38. *I. F.* 13. §. 3. STRUV *in synt. iur. feud. cap.* 12. §. 9. MEVIUS *part.* VII. *decis.* 247. WERNHER in *obs. for. part.* 2. *obs.* 368. BÖHMER in *princip. iur. feud.* §. 260.

k) *II. F.* 26. §. 13. *II. F.* 39.

welchen die drey Brüder, Ernst, Constantin und Georg, mit einander geschlossen, wenn er auch unter den Contrahenten bestehet, dennoch ihre Erben, welche in der ersten Investitur mit begriffen, nicht verbinde, und folgbar Ferdinand, seinem Oncle Georgen die vom Constantin ererbten Lehngüter allein zu überlassen, nicht schuldig sey, es scheinen möchte:

D. a. u. d. Ferdinand zu der Zeit, als sein Vater Ernst mit seinen Brüdern, Constantin und Georgen, die väterlichen Lehngüter unter sich getheilet und den mehr erwehnten Vertrag unter sich errichtet, weder gebohren, noch sonst bereits vorhanden gewesen; folgbar sein Vater, so wie er sich seines Rechtes auf die Lehngüter, so seine Brüder bey der Vertheilung bekommen, ganz und gar begeben, also auch daran sich die Mitbelehnschaft vorbehalten, und durch den Vertrag, so wie sich selbst bey seinen erhaltenen Lehngütern eine freye Disposition bedingen, also auch seinen Brüdern eben dieselbe bey den Lehngütern, so diese überkommen, verwilligen können; ohne daß dahero nunmehro Ferdinand solchen Vertrag anzufechten befugt ist; bevorab da Ferdinand, eines Theils, nicht nur selbst bey seinen von seinen Vater ererbten Lehngütern, aus dem Vertrage eine freye Disposition über selbige erlanget hat, sondern auch, andern Theils, dadurch, daß er seines Vaters Lehngüter übernommen, zugleich nothwendig dessen Allodialerbe geworden, und also auch seines Vaters in Ansehung der Lehngüter geschlossene Verträge zu halten verbunden ist 1); Constantin nun aber, Kraft des mit Ferdinands Vater und dessen Bruder errichteten Vertrages, seinen noch lebenden Bruder Georgen zum alleinigen Erben seiner Lehngüter in seinem Testamente eingesetzet hat: So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß dieser Vertrag nicht nur unter den Contrahenten bestehe, sondern auch des Mitcontrahentens Ernsts Sohn, Ferdinanden, verbinde, daß dieser seinem Oncle Georgen die von Constantinen ererbten Lehngüter allein zu überlassen schuldig sey.

Endlich die dritte Frage belangend, obwohl dem Ferdinand, wenn er die Lehnstammsgelder nur einstweilen bis nach ausgemachter Sache, mit ausdrücklicher Verwahrung, daß er dadurch auf keine Art sich seines Rechtes

1) *II. F.* 45. FINCKELTHAVS *controu. feud. disp.* 6. §. 28. STRVV. in *synt. iur. ciu. cap.* 13. §. 16. *num.* 6. *seq.* HORN in *iurispr. feud. cap.* 16. §. 26. WERNHER *part.* 7. *obs.* 231. de CRAMER in *obseruat. iur. vniu. tom. I. obs.* 251. 280. 422. BOEHMER in *princ. iur. feud.* §. 140.

Rechtes zu begeben Willens sey, angenommen haben sollte, die Annahme dieser Lehnstammsgelder nicht schaden möchte; mithin, daß Ferdinand, wenn ihm auch seines verstorbenen Vaters mit seinen beyden Brüdern geschlossener Lehnsvertrag an sich nicht verbinde, dennoch durch Annehmung eines Theils des Lehnstammes unter zuvor angezogenen Umständen selbigen nicht agnosciret habe, und also solchen Lehnsvertrag zu erfüllen nicht schuldig sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. in der Geschichtserzählung, daß Ferdinand nur auf die in den Zweifelsgründen angezeigte Mase, von seinem Oncle die Lehnstammsgelder angenommen habe, nicht bemerket worden, sondern im Gegentheil darinne enthalten ist, daß Ferdinand von seinem Oncle Georgen, nachdem dieser der Lehngüter des verstorbenen Constantins sich alleine angemasset, schlechthin in Abschlag der ausgesetzten Lehnstämme, ein ansehnliches erhoben und Quittung darüber ausgestellet habe; folgbar Ferdinand durch diese seine eigene Handlung den qu. Vertrag selbst genehmiget, massen diese Lehnstammsgelder, Innhalts der Geschichtserzählung, nur auf den Fall, wenn einer von den dreyen Brüdern der ihm verwilligten Macht sich bedienen und über seine ererbten väterlichen Lehngüter unter den Lebendigen, oder auf den Todesfall, frey disponiren würde, verabredet worden sind, daß nämlich alsdenn den andern beyden Brüdern ein gewisser bestimmter Lehnstamm ausgezahlet werden sollte; sowohl überdem Ferdinand, wenn er auch diese Lehnstammsgelder noch nicht von seinem Oncle angenommen und demselben Quittung darüber ausgestellet haben sollte, dennoch den qu. Vertrag, vermöge der bey der vorigen ersten und zwoten Frage ausgeführten Entscheidungsgründe, zu halten verbunden ist: So sind wir der in den Rechten gegründeten Meinung, daß Ferdinand, wenn ihn auch seines verstorbenen Vaters mit seinen beyden Brüdern geschlossener Lehnsvertrag an sich nicht verbinde, dennoch durch Annehmung eines Theils des Lehnstammes und der darüber ausgestellten Quittung selbigen wenigstens agnosciret habe, und also solchen Lehnsvertrag zu erfüllen schuldig sey. V. R. W.

LXX.

Rechtliches Gutachten

nach A** im April 1763.

1. Die Lehnsauflassung ist bey dem Lehnherren vorzunehmen, obgleich die lehnbare Sache nur ein Zubehör von einem solchen Grundstücke seyn sollte, welches von jenem Lehnherren nicht zu Lehn gehet.

2. Es ist die Sterbelehn zu entrichten, ob der Lehnmann gleich bey seinem Leben das Lehn verkauft haben, oder vor der Lehnsauflassung verstorben seyn sollte.

3. Wegen der Sterbelehn sind die Erben nicht dem Gerichte, unter welchen sie ihren Auffenthalt haben, sondern vor den Erbgerichten, wohin das Lehn gehöret, zu belangen.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst einer Beylage und vier Fragen zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen Wir vor Recht:

Hat Johann Heinrich Kirchner seine zu Unterschernitz habende und unter das hochfürstliche Amt, zu Altenburg, mit Gerichten, Lehuen und Zinsen gehörige Mahl- Walk- und Schneidemühle nebst Zubehör mit Einschliesung des Zürchauer Pfarrlehns, nämlich eines Stück Felds auf der so genannten Gerichtsheyde, welches von dem Pfarrer zu Zürchau, Spillnern, als Lehnsherrn, zu Lehn rühret, und mit Erbgerichten unter die Freyherrl. Bönigkischen Gerichte zu Zürchau gehöret, an Melchior Dietzen erb und eigenthümlich um und für 2400 Gülden Meißl. gänger und beständiger Kaufsumme verhandelt. Ist auch hierauf Käufer, Melchior Dietz, vor dem hochfürstl. Amte zu Altenburg mit obberührter Mühle und Zubehör, nach vorhero abgelegten Unterthanseyd und gegen Entrichtung 120 fl. Lehngeldes, wovon 103 fl. die fürstl. Amtsrenterey und 17 fl. der Pfarrer zu Zürchau bekäme, erb und eigenthümlich beliehen worden; nach mehrern Inhalt des dem Käufer unter fürstl. Amtssiegel den 7den Jul. 1762 ausgestellten Kaufratifications- und Lehnscheines. Ist von dem Mitverkauf des obgedachten Stück Feldes, Zürchauer Pfarrlehns, dem Pastor Spillner, nichts gemeldet worden, hat auch Verkäufer

Verkäufer die Lehn von dem Felde vor ihm nicht aufgelassen, und darüber, daß solche hinwiederum dem Käufer daran zubekennet würde, gar keine Erklärung gethan. Ist darauf der Verkäufer Kirchner in Vierteljahres Frist verstorben, da sich allererst der Käufer Dietz mit dem gerichtlich confirmirten Amtskauf bey dem Pastor Spillner gemeldet und die Beleihung dieses Stück Feldes gebethen. Will aber ebengedachter Pastor Spillner dem Käufer dieses Feld nicht eher in Lehn reichen, als bis zuförderst des Kirchners hinterlassene Witbe und Kind selbiges in Sterbelehn nähmen. Dessen sich diese aber weigern. Wird also gefraget:

1 Ob die vor dem hochfürstl. Altenburgischen Amte von der Mühle geschehenen Lehnsauflassung des Verkäufers, Kirchners, zugleich stillschweigend die Resignation von dem zubehörigen Stück Felde, Zürchauer Pfarrlehn, vor dessen Lehnherrn in sich begreife, und also für rechtsbeständig zu achten?

2) Ob nicht vielmehr der Lehnmann bey dem ordentlichen Lehnherren zu erscheinen und daselbst die Lehen von diesem Felde aufzulassen schuldig sey?

3) Ob nun also nicht des Verkäufers Kirchners Witbe und hinterlassenes Kind, beyde mit ihren Curatoren, weil die Lehn von deren verstorbenen Ehemann und Vater bey Verkaufung seiner Mühle und des Pertinenz Stück Feldes vor dem Pastor zu Zürchau nicht aufgelassen worden, sondern der Verkäufer gar darüber verstorben, dieses Feld zuförderst in Sterbelehn zu nehmen schuldig und gehalten sind, ehe solches dem Käufer Dietz in Kauflehn gereichet werden kann?

4) Ob nicht nun auch der Pastor Spillner, als Lehnherr von diesem Grundstücke, des Kirchners hinterlassene Witbe und Kind mit ihren Curatoren vor dem Gerichtsstande, wo das Feld mit Erbgerichten hingehörig, zu belangen befugt, wenn selbige sich zur gesammten Sterbelehn auf ihres Vaters Todesfall nicht gütlich verstehen wollten?

Ob nun wohl, was die erste und zweyte Frage anlanget, von demjenigen, welcher sich einer Sache, ohne die Zubehörungen auszunehmen, begiebet, rechtlich vermuthet wird, daß er auch aller dazu gehörigen Stücke entsaget habe; dahero auch, daß durch die vor dem hochfürstl.

Altenburgischen Amte von der Mühle geschehene Lehnsauflassung des Verkäufers, Kirchners, zugleich stillschweigend die Resignation von dem zubehörigen Stück Felde, Zürchauer Pfarrlehn, vor dessen Lehnherrn in sich begreife, und also für rechtsbeständig zu achten sey, es um so mehr scheinen dörfte, als in dem Kaufratificotions- und Lehnsscheine des gedachten hochfürstlichen Amtes von dem Lehngelde zugleich des Hr. Pfarrers zu Zürchau Antheil berechnet worden ist:

D. a. u. d. die Lehnsauflassung bey dem Lehnherren vorzunehmen, von welchem der Lehnmann das Nutzeigenthum hat; das Stück Feld aber nicht ein Lehn von dem hochfürstl. Altenburgischen Amte ist, sondern besonders von dem Pastor Spillner zu Zürchau zu Lehn gehet, und also, ohne dessen Vorwissen, keine Auflassung dieses Stück Feldes vor hochfürstl. Altenburgischen Amte hat geschehen können: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die vor dem hochfürstl. Altenburgischen Amte von der Mühle geschehene Lehnsauflassung des Verkäufers Kirchners nicht zugleich stillschweigend die Resignation von dem zubehörigen Stück Felde, Zürchauer Pfarrlehn, vor dessen Lehnherrn in sich begreifen könne, und also für rechtsbeständig nicht zu achten; sondern vielmehr der Lehnmann bey dem ordentlichen Lehnherrn zu erscheinen und daselbst die Lehen von diesem Felde aufzulassen schuldig sey.

Die drite Frage betreffend, obwohl, nach verschiedener Rechtslehrer Meinung, die Kinder von dem Lehngelde gänzlich befreyet sind m); auch das Pertinenzstück Feld, da es von dem verstorbenen Ehemanne und Vater bereits bey seinem Leben verkauft worden, nach dessen Tode, seiner Witbe und Kindern nicht erblich angefallen ist, und dahero, daß diese solches in Sterbelehn zu nehmen nicht verbunden wären, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. die Kinder durch eine beständig hergebrachte Gewohnheit, oder durch Verträge, zur Sterbelehn verbunden seyn können; auch nach Sachsen Recht n) das Eigenthum eines erkauften Grundstückes erst durch die gerichtliche Auflassung erlanget wird, solche aber hier, wegen des Verkäufers,

m) RICHTER *decis.* 83. *num.* 129. *seq.* CARPZOV *p.* 2. *const.* 39. *def.* 21. FRANCISCUS *de laudem.* §. 8.

n) Landr. *lib.* 2. *c.* 80. CARPZOV *par.* 2. *const.* 39. *def.* 35. BERGAU *par.* 1. *decis.* 282. *n.* 2.

Verkäufers, vor dessen Lehnherren gar nicht geschehen, einfolglich das Eigenthum davon auf den Käufer noch nicht übergangen, sondern annoch bey dem Verkäufer geblieben, mithin selbiges auf dessen angegebene Erben, die hinterlassene Witbe und Kind vererbet worden ist, und solchergestalt auch nicht eher auf den Käufer kommen kann, bevor sie nicht ihre Sterbelehn entrichtet und dem Käufer vor dem Lehnherrn die Lehn aufgelassen haben: So erachten Wir in den Rechten gegründet, daß die hinterlassene Witbe und Kind, wofern ein Sterbelehn, vermöge einer beständig hergebrachten Gewohnheit, oder durch Verträge, von solchen Personen dasigen Ortes zu entrichten ist, auch dieses Feld zuförderst in Sterbelehn zu nehmen schuldig sind, ehe solches dem Käufer Dietz in Kauflehn gereichet werden kann.

Endlich die vierte Frage anlangend, obwohl, daß die Entrichtung der Lehnwaare eine persönliche Verbindlichkeit des Lehnmannes sey, und dahero die Witbe und Kind, der zu leistenden Sterbelehn wegen, in foro domicilii zu belangen wären, es scheinen dürfte:

D. a. u. d. die Gebung der Lehnwaare nicht unbillig als eine auf der Sache haftende Beschwerde anzusehen ist o): So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß der Lehnherre von diesem Grundstücke, Pastor Spillner, die Witbe und das Kind mit ihren Curatoren vor dem Gerichtestande, wo das Feld mit Erbgerichten hingehörig, alsdenn, wenn sie sich zur gesammten Sterbelehn nicht gütlich verstehen wollen, zu belangen wohl befugt sey. V. R. W.

LXXI.

Rechtliches Gutachten

nach G** in December 1763.

1. Woselbst annoch heutiges Tages der Sachsenspiegel, besonders das Sächsische Lehnrecht, zur rechtlichen Entscheidung gebraucht werden kann.

o) CARPZOV par. 2. const. 28. def. 55. n. 5.

2. Ehe- und Ausstattungsgelder, sie mögen vorhero versprochen, oder nicht versprochen worden seyn, können nur erst alsdenn aus dem Lehne gefordert werden, wenn zu deren Abtrag entweder gar keine, oder nicht hinreichende Erbgüter vorhanden sind.

3. Die Lehnsfolger können zuweilen von dem Landerben ein Inventarium des Erbvermögens nebst Ablegung einer Rechnung, wie auch allenfalls eine Caution verlangen.

4. Von der Verzinsung der Ehe- und Ausstattungsgelder, welche den Lehnsfolgern noch mit keiner Gewißheit abgefordert werden können.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst vier Fragen zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen Wir vor Recht:

Hat der Fürstlich Sächßl. Merseburgl. Herr Geheimderath Christian Friedrich von Brand, welcher die in dem Fürstenthum Altenburg liegenden beträchtlichen Güter Gleina, Zinna und Lucca, nebst einem ansehnlichen Vermögen gehabt, den 17den Jun. 1735 auf der Vestung Sonnenstein ein Testament errichtet, worinnen er §. 1. seinen Sohn, Christian Friedrich von Brand, zum Universalerben seines sämtlichen hinterlassenen Vermögens an Lehn und Erbe eingesetzet. Hat gedachter Hr. Geheimderath, weil er auch drey Töchter am Leben nachgelassen, und die älteste Tochter, Frau Sophie Elisabethe von Grießheim, nach dem §. 4. das Ihrige bereits erhalten, in dem §. 5. der mittlern Fräulein Christianen Friedericken von Brand, und der jüngsten Frau Erdmuthen Sophien von Minkwitz, jeder besonders 3000 Rthl. an Ehe- und Ausstattungsgeldern ausgesetzt, und §. 6. verordnet, daß zu Abfindung dieser Gelder, diejenige Post, welche dessen Herrn Mitbelehnte vor sie aus dem Lehne consentirten, fürnämlich angewendet werden, im Fall aber diese Post nicht hinlänglich wäre, dergestalt daß sie ihre Befriedigung davon nicht erlangten, sie den Ueberrest von den beweglichen und unbeweglichen Erbstücken, oder auch allenfals von den Nutzungen der Güter bekommen sollten. Hat der Herr Geheimderath von Brand einer jeden von eben diesen seinen beyden Töchtern 2000 Rthl. aus dem Erbe in dem §. 8. vermacht, welche sie Terminsweise, jährlich mit 200 Rthl. sammt Interesse zu fünf Procent, von seinem Sohne, seinem Universalerben, zu erheben haben sollten; zu welchem er, wegen dieser seinen beyden Töch-

tern

tern ausgesetzten Ehe- und Ausstattungs, wie auch Legatengeldern, das Vertrauen gefaßt, daß selbiger hierinne ohne alle Weigerung und Verkürzung diese Gelder bezahlen würde, Theils, weil der Anfall der Güter von nicht geringem Werthe, Theils, weil die Erbschaftsstücke, z. E. die sämmtlichen ansehnlichen Inventarien bey denen Gütern, die Getraidevorräthe nebst andern Mobilien, wo nicht gänzlich, doch zu Bezahlung dieser Posten beynahe hinreichend seyn würden, Theils, weil ohnedies Rechtens, daß die Töchter auch aus dem Lehne ihre Ausstattung erhalten müßten. Ist hierauf, nach des Testators in eben dem oberwähnten Jahre erfolgten Tode, nicht nur über seine Verlassenschaft, sondern auch über dessen Sohnes und Universalerbens Vermögen ein Concurs der Gläubiger entstanden, welcher durch einen Vergleich dergestalt gehoben worden, daß davon beyden Töchtern ihre 6000 Rthl. Ehe- und Ausstattungsgelder, wie auch die verschiedenen Kirchen- und dem Closter Roßleben zuständigen Capitalien, mit Vorbehalt derer bis Ostern 1746 verfallenen Zinsen, auf den von Brandischen Gütern versichert und stehen bleiben, die übrigen Gläubiger aber, nach einem sehr beträchtlichen Remiß, von dem gnädigst consentirten und auf 12000 Rthl. bestimmten Holzschlag und Verkauf aus den von Brandischen Ritterguthshölzern, wie auch von den übrigen Revenüen der Lehngüter befriediget werden sollten. Haben denn nun zwar die von Brandischen Herrn Mitbelehnten und Gebrüdere, weil das Allodialvermögen zu Befriedigung der Töchter nicht hinreichend zu seyn schien, und in Betracht, daß alsdenn die Töchter ohnehin ihre Ausstattung aus dem Lehne fordern könnten, sich erkläret, daß sie die Bestimmung, wie hoch die Ehe- und Ausstattungsgelder eigentlich zu setzen seyn möchten, auf hohen landesherrlichen Ausspruch ankommen ließen, nach dessen Erfolg sie geschehen lassen wollten, daß wegen der bestimmten Größe die landesherrliche Versicherung ausgefertiget würde, als wozu sie, nach erhaltener gnädigsten Resolution, ihren mitbelehnschaftlichen Consens ertheilen wollten; allein, daß die Kirchen wegen ihrer Capitalien auf das Lehn versichert würden, haben sie durchaus ihre Einwilligung verweigert. Ist es darauf geschehen, daß der Universalerbe seinen obgedachten jüngsten beyden Schwestern, einer jeden über ihre 3000 Rthl. Ehe- und Ausstattungsgelder eine Obligation ausgestellt, und darinne zugleich, daß er deshalb seiner Mitbelehnten, der Herren von Brand auf Haardorf, Einwilligung beybringen, und ausdrückliche Confirmation und Consens auf seine Kosten auswürken wollte, sich verbindlich gemacht hat. Haben nun zwar diese Mitbelehnte ihre Einwilligung abzulehnen gesucht, allein

allein es sind dem ungeachtet, die Ehe- und Ausstattungsgelder auf 6000 Rthl. bestimmt gelassen, und darüber die Landes- und lehnsherrliche Consensurkunden bey dem Lehnhofe ausgefertiget und solches den von Brandischen Mitbelehnten notificiret worden. Ist nachhero der von dem Hr. Geheimdenrath von Brand eingesetzt gewesene Universalerbe den 29sten März 1763 verstorben, und sind dessen Vettern und Mitbelehnten in die sämtlichen Lehngüter succedirt, dessen drey obgedachte Schwestern aber haben sich als Landerben zu der Allodialerbschaft gemeldet, und sich derselben cum beneficio inuentarii angemaßt, auch sich bereits folgende Posten zugeeignet, als 1) die über 6000 conventionsmäsig betragende, in der von Brandischen Casse gefundene, und aus den zur Ungebühr geschlagenen Ritterguthshölzern gelößte baare Gelder, 2) ein sehr kostbares Steincabinet, wofür ein großer Prinz, ohne solches noch gesehen zu haben, 3000 Rthl. gebothen haben soll, 3) beträchtliche Summen aus dem verkauften inuentario. Haben selbige auch noch aus dem vorhandenen Allodien große Geldposten zu erwarten, und, weil sich noch zur Zeit wenige von Brandische Gläubiger gemeldet, möchte auch die Allodialnachlassenschaft zu Bezahlung der auf den Lehngütern, nach gehobenen Concurs, stehend gebliebenen Schulden gar wohl zureichen. Verlangen nun dem ungeachtet die beyden jüngsten von Brandischen mehrerwähnten Schwestern, jede ihre 3000 Rthl. Ehe- und Ausstattungsgelder nicht von ihres verstorbenen Bruders Allodial, sondern von dessen Lehnerben. Haben auch wider diese, da sie an Michael jetztlaufenden Jahres die fällig gewesenen Interessen noch nicht abgeführet erhalten, von hochfürstl. Regierung eine Intimation ausgebracht, wodurch ihnen, bey Vermeidung der Sequestration, diese Interessen à 150 Rthl. denen beyden Schwestern binnen sächsischer Frist abzutragen, angedeutet worden ist. Glauben nun aber die Lehnerben, besonders durch Hülfe der gemeinen alten sächsischen Rechte, daß sie noch zur Zeit weder die Gelder selbst, noch die Intereßen zu entrichten verbunden wären. Wird also gefraget:

1) Ob nicht in dem Fürstenthum Altenburg die gemeinen und alten sächsischen Lehnrechte annoch üblich, und die in besagten Fürstenthum vorfallende Irrungen in Lehnssachen nach solchen gemeinen und alten sächsischen Lehnrechten, so weit solche gehen, entschieden werden müßen?

2) Ob

2) Ob nicht, nach diesen Lehnrechten, die denen von Brandischen Frauen und Fräulein Schwestern ausgesetzte Ehe- und Ausstattungsgelder so wohl, als die übrigen obbenannten von Brandischen Schulden, welche bey geendigtem Concurse auf den von Brandischen Lehngütern stehen geblieben, und zum Theil mit Bewilligung der Mitbelehnten auf bedingte Mase und mittelst lehnsherrlichen Consenses auf die von Brandischen Lehngüter versichert worden, sothaner Versicherung ungeachtet, nebst denen fällig gewordenen Interessen zuförderst aus des verstorbenen Hr. Christian Friedrichs von Brand Allodialnachlaß abzuführen und alsdenn erst, wenn die Allodien nicht zureichen, zur Hülfe aus dem Lehne bezahlt werden müssen?

3) Ob nicht zu diesem Ende die von Brandischen Frauen und Fräulein Allodialerben von ihrer bisherigen Administration ihres verstorbenen Hr. Bruders Allodialnachlasses genaue Rechnung abzulegen schuldig?

4) Ob, ehe dieses geschehen, die von Brandischen Frauen und Fräulein Schwestern ihre 6000 Rthl. bestimmte Dotal- und Elocationsgelder, oder auch nur das davon fällige Interesse von den Lehnsfolgern zu fordern befugt und berechtiget seyn möchten?

Ob nun wohl, die erste Frage anlangend, das sächsische Lehnrecht, oder die dem Sachsenspiegel angehängte und dessen andern Theil ausmachende Sammlung, von denen bey den Sachsen nebst den Franken, ehemals gewesenen Hauptvolke der Teutschen, obgewalteten Lehnsgewohnheiten, nur für eine von dem Ebko von Rebkau muthmaßlich herrührende Privatarbeit zuhalten ist, welche niemals das Ansehen eines Gesetzes gehabt, und dahero auch von keinem sonderlichen Nutzen in Entscheidung rechtlicher Fälle zu seyn scheinet; mithin, daß man sich auch des sächsischen Lehnrechtes im Altenburgischen gar nicht zur Entscheidung strittiger Rechtsfälle bedienen könne, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. in dem Sachsenspiegel und dessen Anhange, dem sächsischen Lehnrechte, noch viele Gewohnheiten aufgezeichnet zu befinden, welche in den sächsischen Provinzien annoch in Acht genommen werden, gestalten denn die Zeugnisse der Rechtsgelehrten p), wie auch die Landes- und

p) STRYK in *diss. praelim. usus mod. pand.* §. 31. CHRIST. SCHREITER in *diss.*

und andere Ordnungen, daß fast in allen zu den sächsischen Vicariat gehörigen Provinzien eine große Menge in dem Sachsenspiegel und sächsischen Lehnrechte beschriebener Gewohnheiten in Gebrauch sind, bekräftigen; solchergestalt daß das sächsische Recht, in so weit als es noch im Gebrauch ist, noch heutiges Tages, in Ermangelung neuerer entgegenstehender Gesetze und Gewohnheiten, als ein Gewohnheitsrecht zu rechtlichen Entscheidungen angewendet werde q), auch in so fern vor den fremden, in Teutschland nur in Mangel eigener einheimischen Gesetze und Gewohnheiten Statt findenden, Rechten den Vorzug habe, nicht in Zweifel zu ziehen ist r); so wohl die fortdauernde Gültigkeit dessen, was davon einmal in Gebrauch gekommen, fürnämlich in einem Lande, welches annoch zu dem sächsischen Vicariat gehöret, vermuthet wird, bis der Gegentheil die Abschaffung desselben, als eine geschehene Veränderung erweiset s); hiernächst auch das sächsische Recht besonders in den Herzogl. sächsischen Ländern, in so weit selbiges nicht durch neue Gesetze und Gewohnheiten abgeändert worden, zur Entscheidung gebraucht wird t), und dieserhalb selbst in der Fürstl. sächßl. gemeinen Hofgerichtsordnung, cap. 15. daß in *ordinatoriis et decisoriis* auch die sächsischen Rechte, wie solche ausgedruckt und in denen Landen disseits des Thüringer Waldes in Uebung seyn und von Alters herkommen, in Acht genommen werden sollen, anbefohlen ist; So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß gleichfalls in Altenburgischen das sächsische Lehnrecht, so viel davon in Gebrauch erhalten worden, und weder durch besondere Gesetze, Gewohnheiten, Aufnahme eines andern Landesherrn Rechtes, noch durch einen den fremden in Teutschland aufgenommenen Rechten in dem vorkommenden Falle eingeräumten Vorzug

diss. de origine iuris saxonici §. 27. RINK in *diss. de speculo saxonico, fonte iuris saxonici communis*, §. 16. THOMASIUS in *not. ad* KULPISII *diss. epist. ad* §. 25.

q) CARPZOV *par.* 2. *const.* 35. *def.* 8. *num.* 4. RICHTER *decis.* 18. *num.* 15. *et decis.* 80. *num.* 17. STRUV in *syntag. iur. feud. cap.* 1. §. 8. *num.* 2. SENCKENBERG *de iure consuetudinis et obseruant.* §. 8. FLEISCHER in *instit. iur. feud. cap.* 2. §. 21.

r) BERGER in *oecon. iur. lib.* 1. *tit.* 1. §. 28. *not.* 1. FLEISHER *l. c.* §. 27. Struben in Nebenstunden, 5 Theil, 32. Abhandl. von dem Mißbrauche und guten Gebrauch der alten teutschen Rechte, §. 27.

s) THOMASIUS *ad* SINCERI *diss. de germanicarum legum veterum ac romani iuris in republica nostra origine autoritateque praesenti* §. 94. HORN in *iurisprud. feud. cap.* 1. §. 32. Struben in zweyten Theil seiner rechtlichen Bedenken, *CXXXI* Bed.

t) BRUNQUELL in *historia iuris romano germanici*, *par.* 4. *cap.* 6. §. 15.

Vorzug etwa aufgehoben worden, annoch üblich sey, und daß unter solchen Umständen nach selbigen die Entscheidung der Lehnsstrittigkeiten geschehe.

So viel hiernächst die zweyte Frage betrift, obwohl in dem gedruckten sächsischen Landrechte dieserhalb nichts enthalten ist; mithin da der Hr. Geheimderath von Brand sein Testament auf der Vestung Sonnenstein gemacht hat, selbiges nach den chursächsischen Rechten auszulegen seyn möchte, indem man sich gemeiniglich nach den Gesetzen des Ortes, wo man ein Geschäfte vornimt, zu richten pfleget; nach den chursächsischen Rechten aber, den Töchtern die Ehe- und Ausstattungsgelder, Falls solche erst bestimmt werden sollen, nur aus dem Lehne, wenn keine hinreichende Erbgüter vorhanden sind, entrichtet werden u); hingegen, wenn dergleichen Gelder schon vorhero versprochen worden, die Töchter selbige gleich aus dem Lehne, unerachtet die Erbgüter zur Zahlung hinreichend wären, fordern können x); und denn dieser letztere Fall gegenwärtig vorhanden ist, indem den beyden von Brandischen Töchtern in dem väterlichen Testamente die Ehe- und Ausstattungsgelder bereits ausgesetzt worden sind; hiernächst der Testirer in dem §. 6. des Testaments, daß dazu die Posten, welche die Mitbelehnten aus dem Lehne consentirten, fürnehmlich angewendet werden sollten, geordnet hat; ferner eben derselbe in dem §. 8. des Testaments die Abtragung dieser Gelder von seinem zum Universalerben eingesetzten Sohne um so mehr verhoffet, weil ohnedies Rechtens, daß die Töchter auch aus dem Lehne ihre Ausstattung erhalten müßten; überdem auch nachhero von dem Lehnherren diese Ehe- und Ausstattungsgelder, mit Einwilligung der Mitbelehnten, auf das Lehn versichert worden sind; eine besondere auf das Lehn mit Bewilligung des Lehnherrens, der Agnaten und Mitbelehnten geschriebene Hypothec aber, dem Lehnherrn, nach einiger Rechtslehrer Meinung, die künftige Ausflucht der Ordnung (exceptio ordinis seu excussionis) unkräftig macht y); solchemnach, daß die Töchter diese Gelder, nebst den Interessen,

u) Chursächßl. Proc. Ordn. *tit.* 45. §. 13, in den Worten: wofern sie sich an denen Erbgütern nicht zu erhohlen.

x) *Constit. elect.* 46. *part.* 2. CARPZOV *par.* 2. *constit.* 46. *def.* 15. *et* 16. FLEISCHER *instit. iur. feud. cap.* 20 §. 18. HORN *iurispr. feud. cap.* 21. §. 13. WERNHER in *sel. observ. for. par.* 5. *observ.* 91. *et supplem.*

y) BOEHMER in *diss. de hypotheca feudali expressa, cap.* 2. §. 15. BERGER in *elect. discept. for. ad tit.* 44. *obs.* 2.

Interessen, fürnehmlich von den Lehnsfolgern zu fordern wären, es scheinen möchte:

D. a. u. d. in Teutschland sehr wenige Oerter anzutreffen sind, wo die Töchter ihre Ehe- und Ausstattungsgelder zuförderst aus dem Lehne erhalten; vielmehr, nach dem Zeugniß vieler bewährten Rechtslehrer, es zur allgemeinen teutschen Gewohnheit geworden, daß den Töchtern diese Gelder ohne Unterschied, es mögen ihnen selbige vorhero versprochen oder nicht versprochen worden seyn, nur erst alsdenn aus dem Lehne gereicht werden, wenn zu deren Abtrage entweder gar keine, oder nicht hinreichende Erbgüter vorhanden sind z); dieses auch ins besondere, ausserhalb Chursachsen, eine gemeine sächsische Gewohnheit ist a), nach welcher man schon von alten Zeiten her in den Urtheln gesprochen hat b); so wohl diesem gegenwärtig nicht entgegenen stehet, daß der Testirer sein Testament in Chursächsischen gemacht, sintemal dieses, daß man sich gemeiniglich nach den Gesetzen des Ortes, wo man ein Geschäfte vornimt, zu richten pfleget, nur von der daselbst bey dem Geschäfte vorgeschriebenen Form, um die Gültigkeit desselben hiedurch zu befördern, zu verstehen, keinesweges aber auf die Güter selbst, worüber man disponiret hat, zu deuten ist, indem die Gesetze des Ortes, wo man über das Seinige disponiret hat, die Gesetze und Gewohnheiten des Ortes, wo die Güter gelegen,

z) ZASIVS *de feudis* p. 9. n. 8. RHETIVS *comment. in ius feudale commune pag* 104. n. 2. MEVIVS *par.* 2. *decis.* 119. *num.* 2. *et par.* 3. *decis.* 367. *num.* 2. HORN *in iurispr. feud. cap.* 21. §. 13. FINCKELTHAVS *obs.* 21. *num.* 18. STRYK in *vsu mod. pand. lib.* 23. *tit.* 3. §. 8. REINHARD in *sel. obseru. ad* CHRISTINAEI *decisiones vol.* 6. *obs.* 5. *pag.* 5. WILDVOGEL *resp.* 161. *num.* 2. PVFENDORF in *observ. iur. vniu. tom.* 1. *obs.* 68. BARTH. in *hodegeta for. pag.* 663. *Lib. Bar. de* CRAMER *in obs. iur. vniu. tom.* 1. *obs.* 371. RIVINVS *in enunciat iur. ad tit.* 45. *enunc.* 25. wo er diese Sache mit einem Fall, da die Ehesteuer und Brautschatz vorhero versprochen worden, erläutert.

a) MODEST. PISTOR. *cons.* 5. *qu.* 2. *num.* 22. *vol.* 1. STRVV. *in syntagm. iur. feud. cap.* 14. §. 17. *num.* 1. BERLICH *in concl. practic. par.* 2. *concl.* 55. *num.* 41. RICHTER *de iure et priuilegiis creditorum, cap.* 4. *sect.* 1. *num.* 68-170. STRYK *exam. iur. feud. cap.* 21. *qu.* 24.

b) Siehe Urthel hinter dem Landrecht *tit.* von Theilung der Brüder und Mitgift der Schwester *obs.* 2. *vers.* und wo die bemeldte Töchter. Ferner Urthel hinter dem Weichbild *tit.* wie die Töchter aus dem Lehngut sollen bestattet werden, *col.* 2. *vers.* und wo alsdenn und nach solcher Begnügung. Add. *consultat. constitut. saxon. de anno* 1599. *tom.* 1. *par.* 2. *quaest.* 40. *num.* 1.

gelegen, nicht ändern können c); mithin auch gegenwärtig auf die chursächsischen Rechte, zumal da die chursächsische constitutio 46. par. II. auch eine andere Auslegung zuläßt d), und in andern sächsischen Provinzien nicht eingeführet ist e), bey dem Testamente des Hr. Geheimdenraths von Brand um so weniger zu sehen ist, weil, wenn derselbe auch ausdrücklich solches angezeigt hätte, er dennoch hiedurch dem Lehnherren und Mitbelehnten die ihnen aus der gemeinen sächsischen Gewohnheit zustehenden Befugnisse, nach welcher sie nur zur Hülfe wegen der Ehe- und Ausstattungsgelder haften, nicht würde haben entziehen können; so wenig er solches auch durch sein Testament in Sinne gehabt zu haben scheinet, masen er die Bezahlung dieser Gelder aus dem Lehne nur erst dahin ausgesetzt, ob die Mitbelehnten auch darein willigen würden, widrigen Falls er die beweg- und unbeweglichen Erbstücke, wie auch die Nutzung der Güter dazu angewiesen haben will, welche zu deren Bezahlung beynahe zureichen würden, und, wenn sie allenfalls nicht zureichten, er zu seinem Sohne, als Universalerben, das Vertrauen gefaßt haben wollte, daß er von den Nutzungen der Lehngüter den Töchtern diese Gelder ohne alle Weigerung und Verkürzung bezahlen würde, weil ohnehin dergleichen Gelder aus dem Lehn, versteht sich in subsidium, zu bezahlen wären f); welche subsidiarische Bezahlung der Ehe- und Ausstattungsgelder nachhero durch den ertheilten landeslehnherrlichen Consens nebst der vorhergegebenen Einwilligung der Mitbelehnten nicht geändert worden ist; in Betracht diese, wie erwähnet worden, nur unter den Umständen, da über des Testirers Nachlassenschaft und seines Universalerbens Vermögen ein Concurs entstanden, und die Töchter ihre Ehe- und Ausstattungsgelder aus den Erbgütern nicht erhalten zu können, es anscheinen wollen, mit der Erklärung gegeben worden ist, daß sie, die Mitbelehnten, nebst Ertheilung ihres mitbelehnschaftlichen Consenses die landeslehnsherrliche Versicherung auf das Lehn geschehen lassen wollten, als ohnehin nach vorhergehendem Ausspruche des Lehnherrens, wie hoch die Ausstattung zu thun, dergleichen Gelder, bekannten Rechten nach, aus dem Lehn, das heist also, in Mangel der Erbgüter, zu leisten wären; mithin, als nach-

 hero

c) RICCIUS von Stadtgesetzen *cap.* 15. §. 1. *et cap.* 16. §. 1.

d) vid. FINCKELTHAUS *obs.* 21. *num.* 19.

e) RICHTER *decis.* 78. *num.* 11.

f) *Ea semper quantum fieri potest, accipienda est interpretatio, quae facit, ut a iuris communis forma testantis voluntas minime abhorreat. l.* 77. §. *pen. de legat.* II. CARPZOV *par.* 3. *const.* 8. *def.* 26. *n.* 3.

hero der landeslehnsherrliche Consens auch würklich ertheilet worden, hiedurch der Lehnherre selbst zwar den Töchtern ebenfalls verbindlich, keinesweges aber der Mitbelehnten Einwilligung durch die landesherrliche Bestätigung in eine solche verwandelt worden, weshalb die Mitbelehnten nun diese Schuld aus dem Lehne hauptsächlich zu bezahlen hätten; gestalten eine Bestätigung nichts neues macht, sondern das, so geschehen, dem Dritten ohne Nachtheil, nur mehr bekräftiget g); auch in zweifelhaftem Falle, dasjenige, so einem am wenigsten beschweret, anzunehmen ist h); sodann der Meinung jener Rechtslehrer, welche dafür halten, daß einem Lehnsfolger, wenn, einer Schuld wegen, das Lehn mit Bewilligung des Lehnherrens und der Mitbelehnten besonders versichert worden, die Ausrede der Ordnung nicht zu statten komme, von andern widersprochen wird i), und in gegenwärtigem Falle, da die Versicherung nicht dahin, daß man mit dem Lehne, der Ehe- und Ausstattungsgelder wegen, hauptsächlich haften wolle, geschehen ist, billig nicht Statt finden kann: So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß die beyden von Brandischen Töchter ihre Ehe- und Ausstattungsgelder zuförderst aus dem von Brandischen Allodialvermögen zu fordern verbunden sind, wenn annoch, wie in der Geschichtserzählung gemeldet worden, eine Hofnung, daß sie solche aus selbigem entweder ganz, oder zum Theil, erlangen könnten, übrig seyn sollte; so wie denn auch die übrigen Schuldforderungen anderer von Brandischen Gläubiger, wenn in selbige, ohne hauptsächliche Verpfändung des Lehnes, von dem Lehnhern und Mitbelehnten gewilliget worden, gleichergestalt nur zur Hülfe, wenn das Allodialvermögen des verstorbenen Hr. Christian Friedrichs von Brand nicht zureicht, aus dem Lehne zu bezahlen sind, so lange man nicht erweißt, daß diese Schulden in den Nutzen des Lehnes verwendet worden sind, daß sie, vermöge der Gesetze, zugleich als solche Schulden angesehen werden können, welche hauptsächlich aus dem Lehne bezahlet werden müssen.

Ferner die dritte Frage belangend, obwohl den Lehnsfolgern, wenn sie nur zur Hülfe die Schulden aus dem Lehn zu bezahlen haben, viel daran

g) GAIL. *lib.* 2. *obs.* 1. *num.* 3. *et* 14.
h) *l.* 9. *D. de regul. iur.* Vbi: *semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.*
i) SCHRADER in *tract. feudali par.* 7. *cap.* 7. *num.* 42. RICHTER *decis.* 78. *num.* 9. *et* 10. STRVV. *syntagm. iur. feud. cap.* 14. *et* 24. *num.* 1. BERLICH *par.* 2. *concl.* 55. *num.* 47.

daran gelegen ist, daß sie wissen, wie viel von dem Allodialvermögen vorhanden sey, um daraus zu ersehen, wie weit selbiges zu Bezahlung der Schulden zureicht, oder nicht; mithin, daß auch die von Brandischen Lehnsfolger von den von Brandischen Frauen und Fräulein Schwestern, als den Allodialerben, ein Verzeichniß, nebst Ablegung einer genauen Rechnung von ihrer bisherigen Verwaltung, des letztverstorbenen Hr. von Brands Allodialnachlasses fordern könnten, es das Ansehen haben dörfte:

D. a. u. d. die Lehnsfolger von dem Landerben nur alsdenn zu ihrer Sicherheit ein Inventarium, nebst Ablegung einer Rechnung, wie auch allenfalls eine Caution, fordern können, wenn die Landerben mit den Erbvermögen übel umgehen, daß zu besorgen, es möchten die Gläubiger am Ende nicht befriediget werden können k); dergleichen aber in der Geschichtserzählung von denen von Brandischen Landerben nicht angeführet worden ist; hiernächst da die Lehnsfolger noch von keinem Gläubiger in Anspruch genommen worden, sie auch, die Ablegung einer Rechnung von den Allodialerben zu fordern, noch kein besonderes Interesse haben, sondern dieses fürnämlich erst alsdenn, wenn sie von den Gläubigern der Schulden wegen belanget werden, und, nach entgegengesetzter Einrede der Ordnung, die Allodialerben selbige zu befriedigen sich weigern, oder sonst das Allodialvermögen durchzubringen Mine machen sollten, seinen Anfang nimt: So halten Wir in den Rechten gegründet zu seyn, daß die Lehnsfolger noch zur Zeit von den Allodialerben die gedachte Rechnung nicht fordern können.

Endlich so viel die vierte Frage angehet, obwohl, wenn die Ehe- und Ausstattungsgelder dergestalt auf das Lehn versichert worden, daß selbige hauptsächlich aus dem Lehne zu bezahlen sind, die Töchter sich zuvor mit dem Lehnerben in keine Berechnung des Allodialvermögens einzulassen brauchen; mithin, da gegenwärtig die von Brandische Allodialerben ihre Ehe- und Ausstattungsgelder fürnämlich von den Lehnerben fordern, es scheinen möchte, daß sie auch dieserwegen solche Gelder nebst den Zinsen, als welche, den sächsischen Rechten nach, von den Lehnschulden zugleich als ein Accessorium aus dem Lehne abzuführen sind l), von den Lehn-

k) STRUV *syntag. iur. feud. cap.* 14. §. 24. *not.* 6. BERLICH *par.* 2. *concl.* 55. *num.* 52. STRYK *in vsu mod. pand. lib.* 23. *tit.* 3. §. 8. *pag.* 185.

l) CARPZOV *par.* 2. *const.* 46. *def.* 32.

Lehnerben zugleich verlangen zu können befugt wären, ohne daß sie sich erst mit diesen wegen des Allodialvermögens zu berechnen nöthig hätten:

D. a. u. d. nach den, bey der zweyten Frage, ausgeführten Gründen, die Lehnsfolger den mehrgedachten beyden Schwestern des letztverstorbenen Hr. von Brands die 6000 Rthl. Ehe- und Ausstattungsgelder nur in Fall des nicht zureichenden Allodialvermögens aus dem Lehne zu bezahlen verbunden sind; folgbar auch die beyden von Brandische Schwestern, vor Berichtigung dieses präjudicial Punctes, ob das Allodial-Vermögen auch zulangen wird, oder nicht? das Capital selbst noch nicht von den Lehnerben fordern können; hingegen was die Zinsen anlanget, selbige, gleich den Ehegeldern, als Alimente anzusehen, und diese in den Rechten besonders begünstiget sind m); die Richtigstellung des von Brandischen Allodialvermögens aber, in wie ferne, nach Befriedigung der andern Gläubiger, für die beyden von Brandischen Schwestern etwas übrig bleiben wird, annoch in einer weitläuftigen Untersuchung beruhet; gleichwohl während dessen denen beyden Schwestern, daß sie von der Veräusserung der etwa besitzenden Allodien, sich standesmäsig unterhalten sollten, nicht wohl zugemuthet werden kann n); sodann die Lehnsfolger, sächsischer Gewohnheit nach, den Töchtern, ehe sie ausgesteuert werden, ihre nothdürftigen Alimente schuldig sind o); So achten Wir den Rechten gemäß zu seyn, daß die beyden von Brandischen Schwestern die Zinsen von den bestimmten Ehe- und Ausstattungsgeldern, bis nach Austrag der Sache, billig von den Lehnerben fordern können; dieses auch den Lehnsfolgern selbst wegen des Capitals nicht nachtheilig seyn werde, wenn sie sich ihr Recht mit Protestation, daß sie sich hiedurch nicht zur hauptsächlichen Bezahlung des Capitals aus dem Lehne bekannt haben wollten, zu verwahren nicht unterlassen werden. V. R. W.

LXXII.

m) *Alimentorum caussa pia et fauorabilis est. l. fin. D. de aliment. et cibar. leg.* CARPZOV *decis.* 173. *num.* 26.

n) IO. IOACH. SCHOEPFFER in *tract. de alimentis et dote filiarum nobilium memb.* 1. *num.* 77. 78. *et* 79. Add. STRVV. in *obseru. feud. ad cap.* 14. §. 12. BERLICHIVS *par.* 3. *decis.* 367.

o) *Consultat. constit. Saxon. par.* 2. *qu.* 40. *num.* 1.

LXXII.

Rechtliches Gutachten

nach B** im December 1774.

1. Wenn ein Vasall an die Stelle der durch das Alterthum baufällig gewordenen Lehngebäude, neue errichtet hat, so sind diejenigen, welche nach seinem Tode solche neue Gebäude mit dem Lehngute überkommen, selbige so weit, als ihnen dadurch ein Vortheil zuwächst, seinen Landerben, nach dem Longobardischen Lehnrechte, zu vergüthen schuldig.

2. Der Lehnsfolger braucht den Landerben des verstorbenen Lehnsbesitzers solche neue Gebäude nicht zu ersetzen, wenn dieser sie nicht selbst errichten lassen, sondern solches von dessen Vorfahren, in deren Allodialrecht er nicht getreten, geschehen ist.

3. Solche neue Gebäude erhalten die Lehnsqualität, ob der Lehnsfolger gleich nicht insbesondere damit beliehen worden ist.

4. Wenn die Rechte des Landes, worinne das Lehn gelegen, von den Rechten der Lehnskammer, wovon das Gut zu Lehn gehet, verschieden sind, so müssen bey vorfallenden Lehnsstreitigkeiten, wenn selbige in blosen Lehnsstreitigkeiten, wobey gar nichts, so von den Landeshoheitsrechten abhänget, vorkommt, bestehen, nicht die Rechte des Landes, worinne das Lehn gelegen, sondern die Rechte der Lehnkammer, wovon das Gut releviret, beobachtet werden.

Als Uns nachstehende Geschichtserzählung nebst dreyen Fragen z. u. d. u. R. B. g. w. d. f. w. v. R.

Ist Titius zu Anfange des vorigen Jahrhunderts mit einem adelichen Rittergute und den zu dessen Nutzung gehörigen, und auf denselben dero Zeit vorhanden gewesenen, Gebäuden beliehen worden. Ist es geschehen, daß die Lehnsfolger, weil diese Gebäude durch das Alterthum natürlicher Weise baufällig und ruinös geworden, das Gut aber ohne Gebäude nicht genutzet werden können, von Zeit zu Zeit an deren Stelle neue Gebäude errichtet haben, und sie mit diesen, von Fällen zu Fällen, allemal wieder beliehen worden sind. Ist darauf kürzlich der letztere

Lehnsbesitzer, welcher selbst keine Verbesserungen an den Gebäuden vorgenommen, sondern solche in dem Stande, worinne er sie erhalten, gelassen, mit Tode abgegangen. Entstehet dahero, dieser Gebäude wegen, zwischen den Lehnsagnaten, welchen das Lehngut anfällt, und den Allodialerben des letztern Lehnsbesitzers ein Streit, und vermeinen diese eine Vergüthung der von den Vorfahren ihres Erblassers an die Stelle der alten aufgeführten neuen Gebäude verlangen zu können.

Hiernächst besitzet Mevius ein Lehngut, wovon ein Auswärtiger der Lehnherre ist. Nun sind aber die Rechte des Landes, worinne das Lehngut gelegen, in Ansehung der Lehne, von den Rechten des Lehnherrn seines Landes und der Lehnskammer, wovon das qu. Gut zu Lehn gehet, verschieden. Wird dahero gefraget:

1) Ob, nach dem Longobardischen Lehnrechte, in dem Falle, wenn die zur Nutzung des Lehngutes gehörige Gebäude mit zu Lehn gegeben, solche aber nach und nach durch die Länge der Zeit baufällig und unbrauchbar geworden sind, die an deren Stelle von den Besitzern des Lehnes von Zeit zu Zeit aufgeführte neue Gebäude dem Hauptgute ohnentgeldlich folgen?

2) Ob nicht dadurch, daß diese Gebäude, nach ihrer Errichtung, in den Lehnbriefen als Lehn angesetzt und der jedesmalige Lehnsfolger allemal damit beliehen worden, die Lehnsqualität erhalten haben?

3) Ob bey vorfallenden Lehnsstreitigkeiten die Rechte des Landes, worinne das Lehn gelegen, oder aber die Rechte der Lehnscammer, wovon das Gut releviret, beobachtet werden müssen?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, ein Vasall, welcher zugleich mit den auf dem Lehngute befindlichen Gebäuden beliehen worden, diese, wegen des ihm daran verwilligten Nutzeigenthums, auf seine eigene Kosten in Dach und Fach, in gutem Bau und baulichen Wesen zu erhalten verbunden ist p); masen derjenige, welcher Vortheil von einer Sache hat,

p) arg. *l. 7. §. 2. l. 65. pr. D. de vsufr. et quemadm.* SCHRADER *de feud. II. part. IX. sect. 5. num. 23. seq.* LYNCKER *resolut. 217. num. 8. 10.* HENR. GLOTZ in *diss. de feudo aedificii* §. 28. *apud Ienichen in thesaur. iur. feud. tom. I. pag. 954.*

hat, auch die damit verknüpften Beschwerden übernehmen muß q); in dermaligem Falle auch der letztere Besitzer selbst keine Verbesserungen an den Gebäuden vorgenommen, sondern nur von dessen Vorfahren an die Stelle der alten baufällig und ruinös gewordenen Gebäude, neue Gebäude errichtet worden sind, welche der letztere Lehnsbesitzer nur in dem Stande, worinne er sie erhalten, gelassen hat; mithin, daß, nach dem Longobardischen Rechte, in dem Falle, wenn die zur Nutzung des Lehngutes gehörige Gebäude mit zu Lehn gegeben, solche aber nach und nach durch die Länge der Zeit baufällig und unbrauchbar geworden sind, die an deren Stelle von den Besitzern des Lehnes von Zeit zu Zeit aufgeführte neue Gebäude dem Hauptgute ohnentgeldlich folgen müssen, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. ein Vasall, Statt der durch das Alterthum baufällig und ruinös gewordenen Gebäude, neue Gebäude auf seine eigene Kosten zu erbauen, keine Verbindlichkeit hat r); und dahero, wenn er, Statt solcher alten Gebäude, neue aus seinem eigenen Vermögen erbauet hat, diese neuen Gebäude, nach seinem Tode als eine solche Verbesserung des Lehnes anzusehen sind, derentwegen derjenige, auf welchen solche Gebäude, nach jenes seinem Tode übergehen, so weit, als ihm dadurch ein Vortheil zuwächst, des verstorbenen Vasallens Landerben, nach dem Longobardischen Lehnrechte, zu vergüthen verbunden ist s); masen solche Meliorationen, weil sie der verstorbene Vasall aus seinen eigenen Mitteln vorgenommen, für Allod zu halten sind t); wodurch dahero diejenigen, an welche solche Gebäude mit dem Lehngute gelangen, dergleichen die Lehnsagntaen sind, mit dem Schaden der Allodial- oder Landerben sich nicht bereichern dürfen u); und ob zwar der letztere Lehnsbesitzer die neuen Gebäude nicht errichtet, dennoch derselbe, wenn er diese Meliorationen, welche von seinen Vorfahren bey dem Lehngute entstanden, zugleich als deren Landerbe oder sonst auf andere Art zu eigen erlangt haben sollte, dieses sein sich deswegen erworbenes Allodialrecht auf seine dermaligen

q) *l.* 10. *D. reg. iur.*

r) *arg. l.* 7. §. 2. *l.* 59. *pr. D. de vsufr. et quemadm. quis vt. fruat.* SCHRADER *de feud. II. part. IX. sect.* 5. *num.* 30. KLOTZ *l. c.*

s) *II. F.* 28. §. 2. Si vasallus in feudo. HORN in *iurispr. feud. cap.* 16. §. 29. *in fin. cap.* 21. §. 5. und *cap.* 22. §. 7. STRUV in *synt. iur. feud. cap.* 15. §. 16. *num.* 3. PUFENDORF in *obs. iur. vniu. tom.* I. *obs.* 184.

t) SCHRADER *part. X. sect.* 18. *num.* 127.

u) *l.* 206. *D. de reg. iur.*

ligen Landerben gebracht hat: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß, nach dem Longobardischen Rechte, die, an die Stelle der ehedem zur Nutzung des qu. Lehngutes gehörigen mit zu Lehn gegebenen, aber nach und nach durch die Länge der Zeit baufällig und unbrauchbar gewordenen Gebäude, aufgeführte neue Gebäude dem Hauptgute nicht ohnentgeldlich folgen, sondern von denen darein succedirenden Lehnsagnaten den Landerben des letztern Besitzers zu vergüten sind, wenn dieser sothane von seinen Vorfahren geschehene Meliorationen zugleich als deren Landerbe, oder sonst auf andere Art zu eigen erlanget haben sollte.

Ferner, die zweyte Frage betreffend, obwohl die quästionirten Gebäude von dem eigenthümlichen Vermögen der vorigen Besitzer des Rittergutes auf diesen erbauet worden, und also, daß diese Gebäude zum Nachtheil der Allodialerben, welchen ein Recht, sothanen Aufwand wieder zu fordern zuständig ist, nicht in Lehn verwandelt werden können, sondern den Lehnsagnaten, auf welche das Rittergut, vermöge der Lehnsfolge, gelanget, alsdenn, wenn sie den Allodialerben selbige vergütet haben, als ein Allod zugehörten, es scheinen möchte; mithin, daß diese Gebäude dadurch, daß selbige, nach ihrer Errichtung, in den Lehnbriefen als Lehn angesetzet, und der jedesmalige Lehnsfolger allemal damit beliehen worden, die Lehnsqualität nicht erhalten hätten, dafür gehalten werden dürfte:

D. a. u. d. dasjenige, was auf eines Lehnes Grund und Boden erbauet wird, demselben dergestalt zuwächset, daß, so wie auf dem Lehngrunde die Lehnsbarkeit haftet, selbige auch auf den darauf Erbaueten, oder den Gebäuden, entstehet x); masen die Gebäude alsdenn ein Zubehör des Lehnes werden y), und also dessen Natur annehmen z); folgbar, so wie dem Vasallen an dem Lehne nur ein nutzbares, dem Lehnherrn aber ein Obereigenthum zustehet, also auch eben dergleichen getheiltes Eigenthum bey den darauf errichteten Gebäuden zwischen den Lehnmann und Lehnherrrn erwächset a); sogar, daß, wenn jemand auch Allodialgebäude

x) *II. F.* 28. §. 1.

y) Quicquid solo inaedificatur solo cedit. §. 30. *I. de rer. diuis. l.* 7. §. 10. *D. de adquir. rer. dom.*

z) Accessorium assumit naturam eius cui accessit. *reg.* 42. *de reg. iur. in 6to.*

a) STRVV *in synt. iur. feud. cap.* 12. §. 6. *num.* 9.

bäude dreyßig Jahre hindurch als ein Lehn besessen und dieserhalb einen Lehnherren anerkannt, selbige hernach für lehnbare gehalten werden müssen, obgleich der Lehnmann mit selbigem nicht beliehen worden ist b); und denn in dem dermaligen Falle besonders noch dieses hinzu kommt, daß die quästionirten Gebäude, Statt derjalten bereits in Lehn gestandenen wandelbar gewordenen Gebäude, aufs neue errichtet, und die Rittergutsbesitzer mit selbigen, von Fällen zu Fällen, allemal wieder beliehen worden sind; also diese Gebäude auch durch die ausdrückliche Belehnung die Lehnsqualität erhalten haben; die Allodialerben aber, wegen des darauf verwendeten Geldes, an den Gebäuden selbst kein Eigenthum erhalten haben, masen bey besondern Dingen die Sache nicht an die Stelle des Geldes tritt c), und, da ihnen deswegen, daß die Gebäude bey dem Rittergute bleiben, eine Vergüthung geschiehet, sich mit Bestande Rechtens, daß deren Verwandelung in Lehn zu ihren Nachtheil gereiche, nicht behaupten lässet; sodann die succedirende Lehnsagnaten diese Gebäude in keiner andern Qualität, als in welcher sie bereits der letztere Lehnsbesitzer inne gehabt, nämlich ebenfals als zu dem Rittergute gehörige Lehnsstücke, überkommen mögen: So sind wir der in Rechten gegründeten Meinung, daß dadurch, daß diese Gebäude, nach ihrer Errichtung, in den Lehnbriefen als Lehn angesetzt, und der jedesmalige Lehnsfolger allemal damit beliehen worden, allerdings die Lehnsqualität erhalten haben.

Endlich, obwohl in Ansehung der dritten Frage, bey unbeweglichen Gütern, als dergleichen die Rittergüter sind, in denen dabey vorkommenden Streitigkeiten auf die Rechte des Ortes, wo selbige gelegen, gesehen zu werden pfleget d); und es dahero auch nicht an Rechtslehrern mangelt, welche dafür halten, daß, wenn ein Lehn ausser dem Lande des Lehnherrens gelegen, die dabey vorfallenden Streitigkeiten nicht nach den Rechten der Lehnskammer, sondern nach den Rechten des Landes, worinne das Lehn gelegen, beurtheilet werden müßten e); mithin, daß bey vorfallenden Lehnsstrittigkeiten die Rechte des Landes, worinne das Lehn gelegen, nicht aber die Rechte der Lehnskammer, wovon das Gut relevirет, zu beabsichtigen wäre, es das Ansehen gewinnen will:

 D. a. u. d.

b) *II. F. 26. §. 4.*
c) *l. 6. C. de rei vindic.*
d) CARPZOV. *part.* III. *const.* 12. *def.* 12.
e) FLEISCHER *in instit. iur. feud. cap.* 4. §. 72.

D. a. u. d. bey Lehnsstreitigkeiten, schon seit einem alten von verschiedenen Kaysern bestätigten Lehnsgebrauche her, nur der Lehnsherre oder dessen Lehnskammer der rechtmäßige Richter ist f); und ihm dahero, wenn er sonst nur mit einer Gerichtsbarkeit versehen, auch die Lehnsgerichtsbarkeit über alle zu seinem Lehnhofe gehörige Lehne, sie seyn gelegen wo sie wollen, in so fern, als er durch dessen Ausübung bey denen ausser seinem Gebiethe in eines andern Herren Lande gelegenen Lehnen dieses fremden Landesherrens Landeshoheits Rechten keinen Eintrag thut, zuständig ist g); sowohl die Lehnsstreitigkeiten blos die aus einer bereits errichteten Lehnsverbindung entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten, oder solche Rechte und Verbindlichkeiten betreffen, welche dem Lehnherren in Ansehung des Vasallens, oder diesem in Ansehung seines Lehnherrens, oder beyden in Ansehung des Lehngutes zuständig sind und obliegen; solche Rechte und Verbindlichkeiten aber fürnämlich durch den Lehnscontract und die geschriebenen oder nicht geschriebenen Gesetze des Lehnhofes, wovon der Lehnmann das Gut zu Lehn erhalten, bestimmt sind, und also auch nach selbigen beurtheilet werden müssen; solchemnach die Meinung dererjenigen, welche dafür halten, daß, wenn ein Lehn ausser dem Lande des Lehnherrens gelegen, die dabey vorfallenden Streitigkeiten, nach den Rechten des Landes, worinne das Lehn gelegen, zu schlichten wären, nur auf diejenigen Streitigkeiten, welche keine Lehnssache angehen, und die dahero eigentlich in keinen Lehnsstreitigkeiten bestehen, einzuschränken ist h): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß bey vorfallenden Lehnsstreitigkeiten, wenn selbige in blosen Lehnsstreitigkeiten, wobey gar nichts, so von den Landeshoheitsrechten abhänget, vorkommt, bestehen, nicht die Rechte des Landes, worinne das Lehn gelegen, sondern die Rechte der Lehnkammer, wovon das Gut releviret, beobachtet werden müssen. V. R. W.

LXXIII.

f) *II. F.* 16. 34. 55. §. 2. verb. *Praeterea etc.* WOLF *in elem. iur. feud. cap.* 13. §. 8.

g) STRVV *in synt. iur. feud. cap.* 4. §. 18. *num.* 7. GOEBEL *in diss. de feudis extra curtem, sect.* 2. §. 26. *apud* IENICHEN *in thesaur. iur. feud. tom.* II. *pag.* 129. *seq.* BOEHMER *in obseruat. iur. feud. obs.* 12. §. 9.

h) GOEBEL *in cit. diss. sect.* 2. §. 13. HENR. HILDEBRANDI *diss. de inordinato recursu ad curias feudales in causis non feudalibus.* Alt. 1722.

LXXIII.
Rechtliches Gutachten
nach ** in April 1763.

1. Von der unverbothenen Theilung der Lehngüter, wenn unter den Lehnerben gleich ein Minderjähriger seyn sollte.

2. Bey der Vertheilung der Lehngüter hat der Vormund eines minderjährigen Vasallens nicht nur von der Obrigkeit, wo er sich mit selbigem aufhält, sondern auch von dem Lehnherren zur Vormundschaft sich bestätigen zu lassen.

3. Was bey der Vertheilung der Lehngüter, wenn der minderjährige Vasall darzu aufgefordert wird, für eine Vorsicht zu beobachten.

4. Ob, und wo bey einer Lehngüter Vertheilung die obrigkeitliche Bestätigung des Erbtheilungsrecesses zu suchen ist.

5. Was bey einem Lehngute zum Lehn oder Erbe, besonders nach chursächsischen Rechten, zu zählen? und in wie ferne dahin insonderheit die Gebäude, das Vieh- und Feldinventarium, auch Gail und Gahr, ingleichen die vorhandenen Früchte zu rechnen sind.

6. In wie ferne die Allodialerben auf das von dem verstorbenen Vasallen neu erkaufte Lehn einen Anspruch, nach chursächsischen Rechten, machen können.

7. Von dem Heergeräthe und der Gerade bey chursächsischen Lehngütern.

8. Von der Pflicht eines Vormundes bey Verfertigung eines Inventarii.

9. Was für öffentliche Auflagen bey einer Gütergemeinschaft sich mehrere Erben einander zu vergüthen haben.

10. Was für Cautelen bey einer Gütervertheilung zu beobachten, wenn unter den Vertheilenden sich zugleich ein Minderjähriger befindet.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung, nebst zwölf Fragen, zugeschicket, u. d. u. Rb. g. w. d. f. W. v. R.

Hat

Hat ein vornehmer Cavalier, der in Hannöverischen Diensten gestanden, bey seinem am 11ten Decembr. 1762 erfolgten Ableben, sieben Kinder aus zweyen Ehen hinterlassen, von welchen ein Sohn und zwey Töchter aus der erstern Ehe sind, und allbereits die Jahre der Volljährigkeit erreichet haben, von den aus der zweyten Ehe vorhandenen zweyen Söhnen aber der jüngste erst neun Jahr alt ist. Die hinterlassene Erbschaft bestehet, ausser ansehnlichen Capitalien, in vier Lehngütern, von welchen zwey in Brandenburgischen, auch von Churbrandenburg zu Lehn gehen, zwey aber chursächsische Lehne und in Chursachsen gelegen sind; und ist von diesen letztern beyden das eine etwa zehen Jahre vor dem Ableben des jetzigen Erblassers erkauft, und in Lehn genommen worden. Sind nun sämmtliche Erben gemeinet, die ihnen zugefallene Verlassenschaft, so wohl was die Allodial- als Lehngüter betrift, rechtlich zu theilen. Haben selbige auch die Absicht ihrem minderjährigen Bruder die brandenburgischen Lehne in der Theilung zuzuschlagen. Da aber sie allerseits in den hannöverischen Landen sich aufhalten, auch deshalb dem minderjährigen Bruder in Hannöverischen ein Vormund bestellt worden, und dermalen in Ansehung der sächsischen Lehngüter wegen Absonderung der Lehn- und Allodial-Stücke, auch der darinnen hergebrachten Heergeräthe und Gerade, nicht minder wegen des neuerlich von dem Erblasser angekauften Lehns und sonsten verschiedene Zweifel entstehen, so sind uns folgende Fragen vorgeleget worden:

1) Ob Lehnsgüter, wenn unter den Lehnserben ein Minderjähriger vorhanden, getheilet werden können?

2) Ob, da der Erblasser und die sämtlichen Erben sich in den handöverischen Landen aufhalten, auch dem minderjährigen Miterben ein Vormund bey den Gerichten dieses Landes bestätiget ist, die zu theilenden Güter aber zum Theil in Brandenburgischen, zum Theil in Chursächsischen gelegen sind, deshalb eine besondere Bestätigung des Vormundes bey den Gerichten dieser Länder, um die Erbvertheilung zu verrichten, nöthig sey? und

3) Was für weitere Vorsicht in Ansehung des minderjährigen Miterbens bey dieser Erbvertheilung um allen künftigen Streitigkeiten vorzubeugen, und sonderlich das *beneficium restitutionis in integrum ex capite minorennitatis* abzulehnen, erforderlich seyn dürffte?

4) Wo

4) Wo auch die Bestätigung des Erbvertheilungsrecesses, ob und bey welchen Gerichten, sonderlich in Ansehung des minderjährigen Miterbens, dieselbe gesucht werden müsse?

5) Was im Chursächsischen bey einem Lehngute zum Lehne oder zum Erbe gerechnet werde? sonderlich

a) in wie ferne die Gebäude,

b) in wie ferne das Vieh- und Feldinventarium, auch Gail und Gahr

c) in wie ferne die vorhandenen Früchte zum Lehn oder Erbe gehören?

6) Ob die Allodialerben auf ein erkauftes Lehn, welches zehen Jahre vor dem Tode des Erblassers erworben, auch in Lehn genommen worden, Anspruch machen können?

7) Ob bey chursächsischen Lehngütern das Heergeräthe hergebracht sey? und was für Stücke in zweifelhaftem Falle dazu gehören?

8) Auf gleiche Weise und mit eben den Umständen wird wegen der Gerade angefraget.

9) Wenn auch sonst etwa einige bey solchen Gelegenheiten hergebrachte Gewohnheiten obwalten sollten, wird deshalb Unterricht verlanget.

10) Da auch der Erblasser in der Mitte des Decembers vorigen Jahres verstorben, die Theilung aber weder eher als einige Monathe nachher geschehen kann, noch gleich nach dem Tode ein Inventarium hat errichtet werden können, gleichwohl der Vormund des minderjährigen Miterbens, wegen dieses Umstandes, da, bekannten Rechten nach, die Allodialerben zu denen Aufkünften des Lehns nach dem Todestage des Erblassers nicht gelangen, besorget ist, es möchte sein Pupill etwan verkürzet werden, so wird gefragt, was in diesem Stücke bey der Theilung für eine sichere Regel zu erwählen, und auf was Art aller Besorgniß bey Verfertigung des Inventariums vorzubeugen sey?

11) Da auch zu vermuthen ist, daß auf die Lehngüter in Sachsen, nach itzo geschlossenem Frieden, annoch verschiedene Auflagen

gen dürften vertheilet werden, die ihren Grund in dem vorhergehenden Kriege haben, und der Erblasser doch während des Krieges gestorben ist, so entstehet die Frage, ob nicht, daferne einer von den Erben ein Lehngut übernähme, alsdenn, die übrigen Lehnserben zum Beytrag zu diesen Auflagen von Rechtswegen verbunden sind, oder wenigstens der Werth des Lehngutes aus diesem Grunde bey der Schätzung etwas geringer dürfe angesetzet werden? endlich

12) Was bey einer solchen Erbvertheilung, wie die gegenwärtige, sonst noch für Cautelen zu beobachten sind, um auf allen Seiten Schaden zu verhüten und in der Folge für Streitigkeiten sicher zu seyn?

Ob nun wohl, so viel die erste Frage betrift, bey allen Theilungen eine Art der Veräusserung geschiehet i); der Minderjährigen Güter aber, ohne daß die rechtlichen Erfordernissen vorhanden sind, nicht veräussert werden können; und also auch deren Theilung keinesweges zuläßig seyn dörfte k); so wohl dieses auch besonders in Ansehung der Lehngüter wegen deren Wichtigkeit Statt zu finden scheinet, zumalen an selbigen dem jüngsten Bruder ordentlicher Weise das Kührrecht zustehet l), welches füglich von einem Minderjährigen oder dessen Vormunde nicht ausgeübet werden mag; und dahero, daß Lehngüter, wann unter Lehnserben ein Minderjähriger vorhanden, nicht getheilet werden können, es das Ansehen erhält:

D. a. u. d. der Satz, daß der Minderjährigen Güter ohne die rechtserforderlichen Solennien nicht veräussert werden dürfen, blos bey freywilligen, keinesweges aber bey nothwendigen Veräusserungen seine Anwendung findet; dergleichen Nothwendigkeit aber in dem Falle, wenn volljährige Brüder auf die Theilung dringen, sich findet; und dahero die Rechte auf diesen Fall die die Theilung schlechterdings nachlassen m); dieses auch in Sachsen, des daselbst üblichen Kührrechtes unerachtet, Statt findet

i) *l. 1. C. communia vtriusque iudicii.*
k) *l. penult. C. de praediis minor.*
l) *Ius prov. Sax. lib. III. art. 29.* HORN *iurispr. feud. cap. 15. §. 18.* WERNHER *p. 7. obs. 129.*
m) *l. 7. pr. de rebus eorum, qui sub tutela. l. pen. C. de praediis minorum.* LAUTERBACH *coll. pract. lib. 10. tit. 2. §. 12.*

findet n), masen die Wahl durch des Minderjährigen Vormund geschehen kann; auch überhaupt dieses Optionsrecht in gegenwärtigem Falle, da sieben Erben vorhanden sind, gar nicht eintritt o); übrigens die Lehngüter an sich theilbar sind p), und kein Lehnsgesetz vorhanden, so den mündigen Lehnserben, den unmündigen Bruder zur Theilung aufzufordern, behinderte: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß Lehngüter, wann schon unter den Lehnserben Minderjährige vorhanden sind, getheilet werden können.

Sodann die zweyte Frage betreffend:

Obwohl die Vertheilung der ritterschaftlichen Lehne unter den lehnsfähigen Descendenten des Vasallen in den Lehnrechten selbst gestattet wird q), und dazu keine besondere Bewilligung des Lehnherrns erforderlich, vielmehr genug ist, wenn, nach erfolgter Theilung, jeder Lehnsfolger an dem ihm zugefallenen Theile die Lehn suchet; dieses auch in dem vorliegenden Falle um so mehr Platz greifet, als überhaupt die Güter selbst nicht zerrissen, sondern jeden der Herren Brüder das auf ihn fallende Lehngut in seiner Vollständigkeit zugeschlagen werden soll; folglich dem Lehnherrn durch die vorhabende Theilung nicht der mindeste Nachtheil zugezogen werden kann; und aus diesem Grunde die Vertheilung der väterlichen Lehne vor ein Lehnsgeschäfte keinesweges zu halten seyn dörfte, da, nach der gemeinen Beschreibung, blos solche Sachen, so die Rechte des Lehnherrens in Ansehung des Vasallen, und dieses gegen jenen, wie auch beyder in Absicht auf das Lehn betreffen, vor Lehnssachen zu halten sind r); woraus denn ferner sich zu Tage legen dörfte, daß bey der vorhabenden Lehnsvertheilung ein Lehnsvormund nicht nöthig sey; mithin auch, daß der in den hannöverischen Landen bestätigte Vormund einer weitern Bestätigung in den Landen, wo seines Pflegbefohlenen Lehne gelegen sind, nicht nöthig habe, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. dem Lehnherrn die Gewalt, seinem minderjährigen Lehnmanne, wann gleich derselbe ausserhalb Landes wohnhaft ist, in Ansehung

 des

n) CARPZOV *P. III. const.* 15. *def.* 44. BECHMANN *de eo quod iustum est, circa optionem minoris heredis. Cap. III.* §. 2.

o) Nam forma diuisionis saxonicae, vt maior diuidat, minor eligat, inter duos saltim, non etiam plures heredes, locum habet. *Constit. Elect. P. III. const.* 15. CARPZOV *ad hanc constit. def.* 11.

p) *II. F.* 55. §. 1.

q) *II. F.* 55. §. 1.

r) STRVV *elem. iur. feud.* §. 493.

des Lehnes, einen Vormund zu setzen, nicht benommen werden kann s); welche Lehre bey den sächsischen Lehnen ihre Anwendung um so mehr finden muß, als daselbst die völlige Landsäßerey eingeführet, und ein jeder Lehnmann, so in sächsischen Landen Lehngüter besitzet, so gar in persönlichen Fällen der Gerichtsbarkeit seines Lehnherrn unterworfen ist; und, wenn gleich die Lehnrechte die Theilung der Lehne den Vasallen nachlassen, und der Lehnherr selbige zu behindern nicht vermögend ist, dennoch dem Lehnherrn nicht alle Concurrenz bey dergleichen Theilungen abgesprochen werden kann, bevorab in dem sächsischen Lehnrechte cap. 34, daß die Theilung mit des Herrn Willen geschehen solle, ausdrücklich verordnet ist t); dahero denn die Lehnsvertheilung vor ein bloses Erbgeschäfte sich nicht wohl halten läst, vielmehr den Lehnssachen billig beyzuzählen ist; bevorab ausser Zweifel, daß hierbey die Rechte des Vasallens in Absicht auf das Lehn allerdings in Betrachtung kommen; und also die gemeine Beschreibung von den Lehnssachen auf die Lehnstheilungen gar wohl gezogen werden kann; weshalb zu besorgen stehet, daß, wenn die vorhabende Theilung ohne Concurrenz eines von den Lehnherrn bestätigten Vormundes geschiehet, die dereinst bey künftiger Lehnsmuthung nothwendig einzureichende Lehnsvertheilung vor ungültig angesehen werden dörfte: So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß in Absicht auf die zu vertheilende chursächsische und brandenburgische Lehne der in den hannöverischen Landen bestätigte Vormund eine besondere Bestätigung bey den lehnherrlichen Gerichten, um die Erbvertheilung in Ansehung der Lehngüter zu verrichten, nöthig habe.

Die dritte Frage anlangend:

Obwohl die Rechtslehrer verschiedene Cautelen, welche bey den mit Minderjährigen zu schliesenden Contracten beobachtet werden können, an Handen geben, wovon STRYK in cautelis contractuum sect. I. cap. III. §. 18. seqq. nachgesehen werden kann; und daß diese mit Nutzen bey

s) SCHRADER *tractatu feud. P.* 10. *Sect.* 19. *n.* 88. *seqq.* HORN *iurispr. feud. cap.* 6. §. 18. MASCOV *de iure feudor. cap.* 5. §. 9.

t) Et vbi diuisuri super re feudali non possunt conuenire, plurimum tribuendum est arbitrio ac dispositioni domini feudi, cuius plurimum interest iusto modo bona diuidi feudalia. CARPZOV *P. III. constit.* 15. *def.* 8. BECHMANN *disp. de eo quod iustum est circa optionem cap.* 4. §. 3.

bey dem gegenwärtigen Falle angewendet werden können, dafür gehalten werden dörffte:

D. a. u. d. die sonsten bey Veräusserung der einem Minderjährigen zugehörigen Grundstücke zu beobachtenden Solennien in dem Fall, da volljährige Geschwister auf die Theilung provociren, nicht nöthig sind u); auch die eydliche Bestärkung der Theilung in dem vorliegenden Falle, da der minderjährige Bruder erst in dem neunten Jahre seines Alters stehet, sich nicht wohl thun läst, indem die Rechte blos dem Eyde der zur Pubertät gelangten Personen die rechtliche Verbindlichkeit beylegen x); so wohl ein Minderjähriger, Falls er durch eine Handlung in Schaden gesetzt worden, jederzeit dargegen in den vorigen Stand gestellet werden kann; mithin zu Vorkommung der zu suchenden Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kein anderes Mittel übrig bleibet, als daß der zu theilenden Sachen wahrer Werth durch vereydete Personen richtig bestimmet, auch bey der Theilung in der Mase, daß der Minderjährige nicht verkürzet wird, verfahren, überdies so wohl der ordentliche, als in Ansehung der Lehngüter der von dem Lehnherrn bestätigte, Vormund die Theilung durch seine Autorität genehmige: So halten wir davor, wie bey der vorseyenden Theilung keine andere Cautelen von Nutzen seyn können, als daß die Preiße der zu vertheilenden Sachen durch dazu verpflichtete Personen richtig bestimmet, eine vollkommene Gleichheit in Ansehung der Theilung gehalten, die Theilung selber aber sowohl von den ordentlichen als lehnherrlich bestätigten Vormündern gehörig autorisiret werde.

Die vierte Frage angehend:

Obwohl in Sachsen unbewegliche Güter ohne gerichtliche Bestätigung nicht veräussert werden können y); und dieses besonders in Ansehung der sächsischen Lehngüter, als bey welchen ohne vorherige Lehnsauflassung das lehnbare Eigenthum nicht übergehen mag, beobachtet werden muß z); ein gleiches auch in Ansehung der brandenburgischen, ja überhaupt aller Lehngüter zu sagen ist a); sodann bey dem Theilungsgeschäfte

u) *l. 7. D. de rebus eorum, qui sub tutela. l. 17. C. de praediis minorum.*

x) *Auth. Sacramenta puberum. C. si aduersus venditionem.*

y) *Decis. Elect. nou. LXI.*

z) PHILIPPI *ad decis. allegatam. n. 7. 8. 9. ibique allegati.*

a) Feudum enim praeuia refutatione in iudicio feudali facta per inuestituram trans-

schäfte ein Minderjähriger concurriret, welcher in den churhanöverischen Landen wohnhaft ist, und daselbst den Hauptgerichtsstand hat; mithin daselbsten, als in foro generali domicilii das Erbschaftsgeschäfte billig berichtet werden muß; und solchemnach, daß die Bestätigung des Erbvertheilungsrecesses, sowohl in hannöverischen, als chursächsischen und churbrandenburgischen Lehnsgerichten gesuchet werden müsse, es das Ansehen gewinnet:

D. a. u. d. obangeführtermasen bey der vorhabenden Erbvertheilung, da solche auf vorgehende Provocation der majorennen Geschwister geschiehet, ein obrigkeitliches Veräusserungsdecret nicht nöthig ist; und also auch der Vertheilungsreceß an sich die obrigkeitliche Bestätigung nicht nothwendig erfordert, sondern, Falls solche zu suchen vor dienlich erachtet wird, selbige blos den Nutzen hat, daß der Receß die Kraft einer öffentlichen Urkunde erhält, und aller Verdacht eines mit untergelaufenen Betrugs dadurch ausgeschlossen wird b); diese Würkung aber eine jede obrigkeitliche Bestätigung, sie sey gleich von dem competenten Richter ertheilet, oder nicht, haben kann c); folglich von der Interessenten Willkühr abhanget, bey welcher von den dreyen Obrigkeiten sie den unter sich errichteten Erbreceß bestätigen lassen wollen; zumalen der Einwand, als ob nach Sachsenrecht und besonders bey Lehngütern das Eigenthum ohne Autorität des Richters und Lehnherrn, worunter die Güter gelegen, nicht übergehen können, um deshalb hier von keiner Würkung seyn kann, weil die Bestätigung des Erbrecesses eine von der Lehnsauflassung unterschiedene Handlung ist, und, nach erfolgter Bestätigung des Erbrecesses, die Lehnsauflassung, nebst Einreichung des errichteten Erbrecesses, in beglaubter Form, geschehen kann; übrigens aber dennoch den Erbreceßen gemeiniglich die generalen Clausuln, daß man aller und jeder aus der Erbschaft an einander habenden Ansprüchen sich begeben und selbigen völlig entsaget haben wolle, angehänget zu werden pflegen; diese Clausuln aber als eine Art der Transaction anzusehen sind d), und, Falls solche in Ansehung des Minderjährigen die rechtserforderliche Würkung haben sollen, der

transfertur. STRVV *elem. iur. feud.* §. 346. HORN *iurispr. feud. Cap.* 22. §. 3.

b) CARPZOV *lib.* 5. *resp.* 54. SCHVBART *de confirmatione pactor. cap. vlt.* §. 4.

c) WERNHER *P.* 10. *obs.* 276.

d) *l.* 35. *D. de pactis. l.* 122. §. 6. *D. de verbor. obligationibus.*

der Erbreceß das obrigkeitliche Decret zwar allerdings erfordert e), dieses aber nach eigenen Belieben entweder bey dem Richter, unter welchen der Pupill wohnet, oder wo die zu veräussernden Grundstücke gelegen sind, gesucht werden kann f); jedoch, da gegenwärtig von einer Erbschaft, oder vniuersitate bonorum, so unter verschiedenen Gerichten gelegen, die Rede ist, und der judex rei sitae weiter nicht als in Ansehung der unter seiner Gerichtsbarkeit gelegenen Güter, das erforderliche Decret ertheilen kann: So sind wir der rechtsgegründeten Meinung, daß die obrigkeitliche Bestätigung des Erbtheilungsrecesses zu suchen zwar an sich nicht nöthig, jedoch, wenn solche wegen der demselben inserirten Transactionsclausuln oder sonst gesucht werden sollte, selbige am füglichsten bey dem *judice domicilii* und also in den Churhannöverischen gesucht werden könnte.

Ferner, auf die fünfte Frage zu kommen:

Obwohl die Rechtslehrer und besonders Struv in centuria decisionum, quaenam res feudales, quaenam allodiales? genugsam bestimmen, was sowohl nach gemeinem als Sachsenrechte zum Lehn und Erbe gehöre, und insbesondere in Ansehung der neu aufgeführten Gebäude in den Lehnrechten II. F. 28. §. si vasallus, deutlich versehen, daß solche von den Allodialerben entweder weggenommen, oder deren Werth von dem Lehnsfolger vergütet werden könne; so wohl das Vieh und Feldinventarium, da solches in der Absicht, daß es bey den Gütern bleiben soll, angeschaffet, und würklich bey selbiger gebrauchet worden, den Gesetzen nach, vor Lehn zu halten seyn dörfte g); ein gleiches auch ohne allen Unterschied von der Gail und Gahr zu sagen seyn möchte; nicht minder die Früchte, welche noch auf dem Felde stehen, und die in der Scheuer und auf den Böden vorhanden, so weit solche zur künftigen Aussaat und Fortsetzung der Wirthschaft bis zur Erndte nöthig sind, vor Lehn zu halten seyn dörften:

D. a. u. d.

e) *l. 4. C. de praediis et aliis rebus minorum.*

f) *l. 16. C. de praediis et aliis rebus minorum. l. 3. §. 12. D. de rebus eorum, qui sub tutela.*

g) Fiunt enim res mobiles per destinationem immobiles, si eo animo sunt comparatae, vt rei immobili perpetuum vsum praestent, et reuera ad hunc vsum sunt adhibitae, *l. 17. §. 7. et l. 18. D. de actione emt.*

D. a. u. d. sowohl nach den gemeinen, als sächsischen Rechten, alles so lange vor Erbe gehalten werden muß, bis der Lehnsfolger, daß es würklich Lehn sey, ordentlich ausgeführet hat h); in Ansehung der Gebäude aber darinnen ein Unterschied zu machen ist, daß solche, wann sie auf lehnbaren Grund gebauet sind, den Lehnserben, ohne, daß solche den Landerben einige Erstattung zu thun nöthig haben, verbleiben müssen i); gegentheils die auf Erbstücken aufgeführte Gebäude den Landerben gehören; sodann ein hinlänglicher Grund, warum das Vieh- und Feldinventarium vor Lehn gehalten werden könnte, sich nicht absehen läßt, da diese Stücke, ihrer Natur nach, Erbe sind k), und die Destination nicht vermuthet wird, auch ohnehin der blosse Gebrauch einer Sache bey dem Lehn, Falls nicht die Absicht, daß solche beständig bey dem Lehne bleiben und vor Lehn gehalten werden soll, erwiesen werden kann, noch keine Lehnsdestination machet l); ferner die Gail und Gahr, in so weit solche würcklich dem Lehnerben zu Nutze kommt, und die Landerben davon keine Früchte geniessen, in das Erbe, nach haußwirthschaftlichem Ermessen, vergütet werden muß; überdies die Früchte, in so weit solche, zur Zeit des Ablebens, würklich vom Grunde und Boden abgesondert gewesen, und weder binnen den 30ten von Zeit des Ablebens auf dem Gute verzehret, noch nach Inhalt der 25ten und 36ten chursächsischen Constitution P. III. zu des Weibes Mußtheil gehören, zu der Allodialerbschaft zu rechnen sind; wie dann auch die auf dem Felde befindliche Früchte, in so weit die Aussaat zur Zeit des Vasallen Ableben bereits geschehen, und die Egde den Acker bestrichen gehabt, den Landerben verbleiben m); ingleichen die Zehenden, Pächte und jährliches Einkommen in so weit diese zur Zeit des Ablebens verfallen, nicht minder die Zinsen und Kornpächte so weit sie binnen den 30sten nach dem Sterbetage fällig worden, zum Erbe gehören n); So finden wir den Rechten gemäß zu seyn, daß, der Regul nach, alles so lange vor Erbe zu halten, bis der Lehnsfolger die Lehnsqualität behörig erwiesen, insbesondere aber die auf dem lehnbaren Grunde erbauete Häußer, ohne Erstattung der Bau- und Besserungskosten, dem Lehnerben verbleiben, nicht minder die so genannten *fructus ciuiles*,

h) *Decis. elect.* 37.

i) *Constit. Elect. P. III. const.* 31.

k) STRVV *centur. decis. quae res feudales, decis.* 9. *et* 10.

l) MENCKEN *de probatione pertinentiarum feudalium.* LYNCKER *de bonorum allodial. in feudalia incorporatione.*

m) *Constit. Elect. P. III. constit.* 32.

n) *citata constit. elector.*

uiles, so weit sie bey Ableben des Vasallen, oder binnen den 30sten nach selbigen nicht verfallen sind, den Lehnsfolgern gehören, hingegen die Früchte in den Scheuren und auf den Boden auch was die Egde zur Zeit des Vasallens Ableben bestrichen gehabt, nebst dem Vieh- und Feld-*inuentario* zum Erbe gehöre, welche auch die Gail und Gahr, so weit sie nicht die Früchte geniesen, bezahlt bekommen.

So viel die sechste Frage betrift:

Obwohl, nach Sachsenrecht, den Töchtern aus den neuerworbenen Lehnen der Pflichtheil in gewisser Mase gebühret o); auch dargegen nichts thut, daß dergleichen neuerworbenes Lehn zehen Jahr vor des Erblassers Tode erkaufft, und, weil es mit dem alten angränzet, als eine Verbesserung desselben angesehen worden; dahero denn, daß die Allodialerben auf das erkaufte Lehn allerdings Anspruch machen können, und wenigstens ihren Pflichttheil daraus zu fordern berechtiget seyn, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. das Lehn, wovon hier die Rede ist, in chursächsischen Landen lieget; daselbst aber, nach klarem Innhalte der obangezogenen bey dem LÜNIG in codice augusteo P. I. p. 131. befindlichen Constitution, versehen, daß die Töchter an den neuerkauften Lehnen keinen weitern Anspruch haben sollen, als, daß sie die Ergänzung des Pflichttheils, wenn sie solchen aus dem hinterbliebenen Erbe nicht haben, aus dem Lehne fordern mögen; folglich das von dem Vater in das Lehn verwendete Kaufgeld und dessen hinterlassenes Erbe in eine Maße gerechnet, und sodann der Pflichttheil, welcher in dem vorliegenden Falle, da sieben Kinder sind, den dritten Theil von einem sieben Theil ausmachet, bestimmet, und, Falls sodann die Töchter diesen Antheil aus dem Erbe nicht vollständig haben, der Abgang aus dem Lehne ersetzet, von den Töchtern aber dasjenige, was sie bereits bey Leben der Eltern erhalten, conferiret werden muß p); folglich, da in dem vorliegenden Falle der Erblasser beträchtliche Capitalien hinterlassen hat, woran die Töchter allem Ansehen nach, so viel, als der Pflichttheil betragen würde, erhalten können: So gehet unsere in rechten gegründete Meinung dahin, daß die Allodialerben auf das neuerkaufte Lehn keinen Anspruch machen können.

Weiter

o) *Constit. Aug. Elect. de anno* 1572. *apud* LÜNIG *Cod. Aug. P. I. p.* 131.

p) NAEVII Lehnrecht *cap. XV.* §. II. HEIGIUS *quaest. iur. P. I.* qu. 25.

Weiter die siebende, achte und neunte Frage betreffend:

Obwohl daraus, daß bey den Gerichtsunterthanen obbemeldeter Güter das Heergeräthe und die Gerade eingeführet, sich keine zuverläßige Folge machen läst, daß dergleichen auch bey dem Gerichtsherrn Statt haben müße; zumalen, wie es in dergleichen Fällen bey den Gutserben sonst gehalten worden, sich keine zuverläßige Nachricht findet; auch überhaupt in Ansehung des Heergeräthes und der Gerade es fast an jedem Orte besonders gehalten wird; so wohl überhaupt derjenige, welcher sich auf ein Herkommen gründet, dasselbe beweisen muß; folglich, daß in Ansehung dieser drey Fragen nichts zuverläßiges bestimmt werden könne, es scheinen will:

D. a. u. d. nach den in Chursachsen üblichen Rechten unter Personen von Ritters Art das Heergeräthe nebst der Gerade eingeführet ist q); auch ordentlicher Weise, nach sächsischen Gerichtsbrauch, zum Heergeräthe gehören, 1) das beste Pferd, 2) der beste Harnisch zu eines Mannes Leib, 3) das beste Schwerd, 4) des Mannes tägliche Kleidung, 5) ein Heerpfül, das ist ein Bette, nächst dem Besten, nämlich ein Küßen, und 2 Lailachen, 6) ein Tisch, auch 7) zwo zinnerne Schüßeln, 8) ein Fischtiegel, 9) eine Handquele und 10) ein Schüsselring r), sowohl die zur Gerade gehörige Stücke in dem sächsischen Landrechte lib. 1. art. 24. ingleichen in der Glosse zum sächsischen Lehnrechte cap. 56. n. 7. fol. 129, ausführlicher aber von Hofmannen in der Beschreibung der Gerade und des Heergeräthes cap. 1. p. 34. wie auch von Barthen in seinen Berichte von der Gerade cap. III. beschrieben worden; wobey jedoch nicht zu läugnen, daß bey Bestimmung der Gerade fürnämlich auf die Observanz und Gewohnheit des Ortes, wo selbige gefordert wird, gesehen werden muß s); und selbst in den sächsischen Landen es hierunter nicht überal gleich gehalten wird; wir aber von den in gegenwärtigem Falle Statt finden könnenden besondern Gewohnheiten um so weniger etwas an Hand zu geben vermögen, als nicht einmal die Nahmen der Güter, noch in welchem Crayse solche gelegen, in der Geschichtserzählung angegeben werden: So gehet unsere rechtliche Meinung dahin, daß in chursächsischen Lehngütern das Heergeräthe und die Gerade hergebracht, auch

q) *P. III. Constit.* 33. *et* 38. Weichbild *art.* 25.

r) Sächsisch Landrecht *lib.* 1. *art.* 22.

s) WERNHER *P. V. obseruat.* 237.

auch ordentlicher Weise zum Heergeräthe die obbesagte Stücke, zur Gerade aber die in obangeführten Schriften angegebene Stücke gehören, jedoch hierunter mit auf die an jedem Orte üblichen Observanzen zu sehen, welche aber von uns Theils wegen Unvollständigkeit der Geschichtserzählung, Theils weil solche einen vorgängigen Beweiß erfordern, nicht bestimmt werden können.

Die zehende Frage betreffend:

Obwohl ein jeder Vormund vor allen Dingen ein richtiges Inventarium über seines Pupillen Vermögen zu fertigen verbunden ist t); auch eine eydliche Specification Statt des Inventariums nicht zuläßig ist; wohl aber der Pupill gegen einen Vormund, welcher die Errichtung des Inventariums unterlassen, zum juramento in litem zugelassen wird u); sowohl bey einem rechtsbeständigen inventario, daß sogleich nach dem Tode des Erblassers versiegelt worden sey, erfordert wird x); die Versiegelung aber, dem Ansehen nach, in gegenwärtigem Falle nicht geschehen ist; mithin zu einem richtigen inventario sich nicht gelangen läst; nicht minder das Inventarium, nach Vorschrift des L. ult. §. 2. C. de jure deliberandi, binnen drey Monaten nach erfolgtem Todesfalle beendiget werden sollen; überdies der Satz, daß von den nach dem Tode des Vasallen gefallenen Früchten die Allodialerben ausgeschlossen seyn, so schlechterdings sich nicht behaupten läst; und also, daß ein Mittel, wodurch aller Besorgnis bey Verfertigung des Inventariums vorgebeuget werde, nicht vorhanden sey, davor gehalten werden dörfte:

D. a. u. d. von einem Vormunde ein mehrerers, denn daß er von dem Vermögen seines Pupillen, so wie es seiner Verwaltung anvertrauet wird, ein richtiges Inventarium fertigen lasse, nicht gefordert werden mag; vielweniger derselbe vor dasjenige, was vor seiner Bestätigung wegen unterlassener Versiegelung oder sonsten vorgegangenen, zu haften hat; und also demselben, daß das Inventarium nicht sogleich gefertiget worden nicht zur Last fallen kann; dahin auch der angezogene L. 7. D. de administr. et periculo tutorum, als welcher eine aus Gefährde herrührende Unterlassung des Inventariums zum Grunde setzet, billig verstanden

t) *l. 7. pr. D. de administrat. et periculo tutor.*

u) WERNHER *P. 9. obs. 87.* SCHAUMBURG *comp. iur. digestor. lib. XXVI. tit. 7. §. 3.*

x) LEYSER *spec. 364. m. 4.*

standen werden muß; wohl aber der Vormund davor Sorge zu tragen hat, daß diejenigen, so nach des Erblassers Tod etwas von dessen Nachlaße sich angemaset, oder unter Händen gehabt haben, solches mittelst eines zu Recht beständigen Inventariums, oder, in dessen Ermangelung, mittelst einer eydlichen Specification herauszugeben, auch Rechnungen abzulegen, angehalten werden; welche inventaria oder eydliche Specificationen und Rechnungen so dann dem Hauptinventario beygefüget werden können; nicht minder, in wie weit die Allodialerben an den Früchten des Gutes Anspruch machen können, bereits bey der fünften Frage angeführet ist; überdies die zur Errichtung des Inventariums in dem L. vlt. §. 2. C. de jure deliberandi vorgeschriebene drey Monate heutiges Tages, besonders bey einem vormundschaftlichen inventario, so genau nicht beobachtet werden, sondern genug ist, wann der Vormund, so bald es möglich, das Inventarium errichten läßt y); So sind wir der rechtlichen Meinung, daß zuförderst von denenjenigen, so sich des Verstorbenen Nachlasses ganz oder zum Theil angemaset, ein richtiges Inventarium, oder in dessen Ermangelung, eine eydliche Specification, nebst Ablegung der Rechnungen gefordert, und diese sodann dem Hauptinventario beygefüget, auch nach dessen Berichtigung die herausgegebenen Stücke oder Sachen vertheilet werden können.

Obwohl, in Ansehung der eilften Frage, die bey Lebzeiten des Vasallen fällig gewesene Contributionen und Abgaben, als desselben eigene Schuld anzusehen, folglich aus dessen nachgelassenem Erbe billig zu bezahlen sind; und dann diejenigen Auflagen, so wegen des ohnlängst geendigten Krieges, allem Ansehen nach, auf die Rittergüter geleget werden dörfen, insgesammt solche Verbindlichkeiten zum Grunde haben, die bey Lebzeiten des Erblassers bereits vorhanden gewesen, und also auch dem gesammten Erbe übertragen werden müßen; zumalen alle Theilungen eine Art des Kaufs oder Tausches sind; bey beyden Arten der Contracten aber das erkaufte oder ertauschte Grundstücke von allen rückständigen Beschwerden frey zu gewähren ist z); diesemnach, daß die Lehnserben, demjenigen Miterben, welcher ein oder das andere Lehngut übernimmt, zu den wegen des vorgewesenen Krieges dem Gute zugetheilt werden dürfenden Auflagen einen Beytrag

y) MEVIUS *P. VI. decis.* 180. *n.* 5. BRUNNEMANN *ad L. vlt. C. de iure deliberandi.*

z) arg. *L.* 41. *D. de action. emt.*

Beytrag zu thun, oder wenigstens den Werth des Lehngutes aus diesem Grunde bey der Schatzung etwas geringer anzusetzen verbunden seyn, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. unter den Auflagen, so bey Lebzeiten des Erblassers oder während der unter den Erben gewesenen Gemeinschaft der Güter bereits bewilliget und ausgeschrieben, aber nicht abgeführet worden, und solchen, die erst nach dessen Ableben, oder nach aufgehörter Gemeinschaft, zu Bestreitung der Landesnothdurft und Rettung des Credites gemacht werden, ein Unterscheid zu halten; und erstere zwar, als Schulden des Erblassers und der Erbschaft anzusehen, und aus dem Nachlaße zu bezahlen sind, letztere aber der Erbschaft um deshalb nicht aufgebürdet werden mögen, weil solche als künftige Lasten anzusehen sind, wovor ein Verkäufer zu haften keinesweges gehalten ist a); auch in dem vorliegenden Falle die Erben ihren Miterben, auf welche die Güter kommen, zu einigen Ersatz der künftigen Auflagen halber um so weniger gehalten seyn würden, als dieser bey Uebernehmung des Gutes dergleichen Auflagen voraus sehen können b); wohl aber die Billigkeit erfordert, daß die Erben mittelst Vertrages sich vereinigen, demjenigen Miterben, welcher die sächsischen Güter annehmen dörfte, wegen der künftig des Krieges halber gemacht werdenden Auflagen einen Beytrag zu thun, oder bey der Theilung das Gut in einen geringern Werth zu setzen; übrigens der Umstand, daß die neuen Auflagen ihren Grund in dem vorherigen Kriege haben, zur Sache nichts thun kann, da genug ist, daß selbige zur Zeit der erfolgten Theilung noch nicht auf dem Gute gehaftet haben; So halten wir den Rechten gemäß zu seyn, daß zwar wegen derjenigen Auflagen, so bereits bey Lebzeiten des Erblassers, oder nach dessen Tod während der Gemeinschaft bewilliget und ausgeschrieben aber unbezahlt geblieben, die Land- und *resp.* Lehneerben dem künftigen Besitzer der Güter zu ihren Erbantheilen zu entschädigen verbunden, da hingegen wegen der künftighin zu machenden Auflagen, im Fall nicht durch Verträge ein anderes unter den Erbinteressenten ausgemachet wird,

a) SCHAVMBVRG *compend. iur. digestor. lib. XIX. tit.* 1. §. 6. LAVTERBACH *coll. pr. Lib. XIX. tit.* 1. §. 16. CARPZOV *P. II. const.* 34. *def.* 19. *et P. III. constit.* 26. *def.* 10. 11.

b) Emtor vero, qui onus rei venditae imponendum sciuit, eius nomine contra venditorem non habet regressum. *arg. L.* 1. *§.* 1. *D. et L.* 9. *C. de actionibus emt. venditi*, LAVTERBACH *loco citato* §. 16.

wird, einen Beytrag zu thun, oder das Gut im Werthe herunter zu setzen, nicht schuldig sind.

Endlich die zwölfte Frage betreffend:

Obwohl bey denenjenigen Theilungen, die auf der majorennen Interessenten Provocation geschehen, die einige Hauptcautel darinnen bestehet, daß, so viel immer möglich, keiner der Theilhabere verkürzet werde, und, Falls dieses beobachtet worden, es keiner weitern Cautelen bedarf; dahingegen Falls eine Verletzung dabey vorgehet, den Minderjährigen keine Cautel behindern kann, daß nicht derselbe dargegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen berechtiget seyn sollte:

D. a. u. d. in der Absicht, daß alle Verletzung, und sogar der Verdacht derselben verhindert, mithin zu Processen kein Anlaß gegeben werde, die Cautelen gebraucht werden müssen; zu welchem Ende denn vor allen Dingen die Erbschaftsmasse in völlige Richtigkeit zu bringen ist, und diejenigen, so etwas in selbige zu conferiren haben, zur eydlichen Anzeige der einzubringenden Stücke, auch zu deren würklichen Collation, nicht minder diejenigen, so sich der Erbschaft ganz oder zum Theil angemaset haben, zu Ausantwortung eines zu Recht beständigen Inventariums, oder, in dessen Ermangelung, zu einer eydlichen Specification und Ablegung richtiger Rechnungen angehalten werden, nicht minder über die ganze Erbschaft ein vollständiges und zu Recht gültiges Inventarium gefertiget, sodann die sämmtlichen Erbschaftsstücke, so weit deren Werth nicht auf andere Art zuverläßig gewiß ist, durch hierzu vereydete Personen taxiret werden, sowohl bey der Theilung selbst die möglichste Gleichheit beobachtet, und unter gerichtlicher Autorität berichtiget werde, masen dadurch allem Verdacht einer Läsion vorgebeuget wird c); wie dann auch, mehrerer Sicherheit halber, allen aus der Theilung entspringen könnende Ansprüchen mittelst einer Art der Transaction vorgebeuget werden könnte d), welchen Falls aber die bey der Veräusserung der Güter eines Majorennen erforderliche Solennien, als nämlich eine gerechte Ursache, welche aber in der von den majorennen Geschwistern geschehenen Provocation zur Theilung

c) Diuisio enim iudiciali autoritate facta rescissionem ex capite laesionis impedit. *l.* 36. *D. familiae ercisc.* et *l.* 3. *C. communia vtriusque iudicii.* STRYK *cautelae contr. sect. III. cap. IV.* §. 16. CARPZOV *P. II. constit.* 34. *def.* 4.

d) *l.* 36. *D. familiae erciscundae.*

lung bereits vorhanden ist, ingleichen eine Untersuchung der Sache und obrigkeitliches Decret hinzu kommen müssen; worbey auch dieses nicht undienlich seyn könnte, wann der Minderjährige, so bald er das 14de Jahr erlanget, die geschehene Theilung mittelst Eydes bekräftigen müsse, indem gegen eydlich bekräftigte Verträge die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht Statt findet e): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß, wann die jetzterwähnte Cautelen beobachtet worden, die getroffene Theilung zu Recht bestehen müsse. V. R. W.

LXXIIII.

Rechtliches Gutachten

nach S** im März 1768.

1. Der Satz, daß, wenn bey einem Mann- und Weiberlehn die Succeßion, nach Erlöschung des Mannsstammes, an die weibliche Linie kommt, die vorhandenen Mannspersonen die weiblichen von der Erbfolge ausschliessen, findet bey denen Gütern, welche, der Succeßion nach, als Erblehngüter verliehen worden, nicht Statt.

2. Giebt gleich die Mitbelehnschaft kein Wohnungs- und Insassenrecht, so kann doch ein Mitbelehnter, zumal in Sachsen, nicht völlig für einen Auswärtigen angesehen werden.

Als Uns nachstehende Geschichtserzählung nebst zweyen Fragen zugeschicket, u. d. u. Rb. g. w. d. f. W. v. R.

Hat der verstorbene Oberamtmann Lauterbach das Rittergut Blankenstein, nebst drey Lehn und Zinßgütern, der Eichenstein genannt, sich erworben, und ist damit unter eben den Clausuln, wie in den beygelegten Lehnscheinen sub A et B enthalten, beliehen worden. Hat, nach dessen Tode, sein einziger Sohn, der Commißionsrath Heinrich Günther Lauterbach, zu Schleitz, diese beyden Güter, vermöge der väterlichen Disposition, erhalten und zu Lehn empfangen. Sind ihm auch sothane Güter, nach dem Tode des Lehnherrens, besage obangezogener Urkunden sub A et B.

e) *Auth. Sacram puberum C. si aduersus venditionem.*

A et B, anderweit zu Lehn gereichet worden, und hat er dafür, nach dem Testamente seines obgedachten Vaters, als des ersten Erwerbers, eine gewisse Summe Geld zum Allod conferiren müssen. Wovon seine beyden Schwestern, die Geheimderäthin von Schott und die Lieutenantin Kühnholdin, eine jede ihren Theil zu geniessen gehabt. Haben auch diese beyden Schwestern nach dem Tode ihres Vaters, des ersten Erwerbers, die Mitbelehnschaft an sothanen beyden Lehngüter gesucht, und erhalten. Ist, nicht lange darnach, die Lieutenantin Kühnholdin verstorben, und haben ihre beyden Söhne, so sie nachgelassen, die Mitbelehnschaft erneuert. Ist auch, im Monath December des 1767sten Jahres, der Besitzer mehr gedachter beyden Güter, der Commißionsrath Heinrich Günther Lauterbach, verstorben, und hat, ausser den beyden Söhnen seiner Schwester Kühnholdin, auch seine noch lebende Schwester, die Geheimderäthin von Schott, welche, unter andern Kindern, auch mit zwoen Söhnen versehen, als Mitbelehnte von sothanen Lehngütern nach sich gelassen. Wird dahero gefraget:

1) Ob bey den in den Lehnscheinen *sub A. et B.* befindlichen Ausdrücken, nicht die leibliche noch lebende Schwester des verstorbenen Commißionsraths Lauterbachs, nämlich die Geheimderäthin von Schott, mit den Kühnholdischen beyden Schwestersöhnen zugleich zur Succeßion in gedachte beyde Lehngüter zuzulassen? Oder

2) Ob, in dem Falle, da dieses zu verneinen wäre, nicht wenigstens der Geheimderäthin von Schott beyde Söhne, ungeachtet sie zur Zeit noch keine Mitbelehnte sind, ein gleiches Recht mit der verstorbenen Lieutenantin Kühnholdin beyden Söhnen zu sothaner Lehnssucceßion haben?

Ob nun wohl, die erste Frage anlangend, der Commißionsrath Heinrich Günther Lauterbach mit dem Gute Blankenstein für sich und seine ehelich geborne männliche Leibes Lehnserben, besage des Lehnscheins sub A, und mit den in Eichenstein gelegenen Lehn und Zinßgütern, für sich und seine ehelich geborne Leibeserben und Nachkommen männlich und weiblichen Geschlechtes, besage des Lehnscheins sub B. beliehen worden ist; in solchem Fall aber, wenn jemand für sich und seine Nachkommen männlichen und weiblichen Geschlechtes beliehen worden, die Weibespersonen in zweifelhaftem Fall, nicht zugleich mit den Mannspersonen, sondern nur erst nach Erlöschung des Mannsstammes, zur Lehnssucceßion gelangen;

langen f); mithin, daß bey den in den Lehnscheinen sub A. et D. befindlichen Ausdrücken, die leibliche noch lebende Schwester des verstorbenen Commißionsraths Lauterbachs, nämlich die Geheimderäthin von Schott mit den Kühnholdischen beyden Schwestersöhnen nicht zugleich zur Succeßion in gedachte beyde Lehngüter zuzulassen sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. in den Lehnscheinen sub A. et B zugleich diese Ausdrücke, daß, auf den Fall, da er, Heinrich Günther Lauterbach, ohne männliche Leibeslehnserben verstürbe, seinen andern Erben männlichen und weiblichen Geschlechts das Gut Blankenstein zu erb und eigen, zu rechtem freyen Erblehn, immassen solcher erblichen Güter alt Herkommen Recht und Gewohnheit ist, verliehen seyn sollte, zu befinden, und ausserdem bey den in Eichenstein gelegenen Lehn- und Zinsgütern, daß ihm solche auf Söhne und Töchter zugleich in absteigender Linie gereichet und geliehen seyn sollten, in dem Lehnscheine sub B. besonders zu lesen ist; hierdurch also der Satz, daß die Güter, der Succeßion nach, Erblehngüter seyn sollten, nicht undeutlich zu erkennen gegeben worden; bey solchen Lehngütern aber, schon ihrem Begrif nach, die Allodialsucceßion Statt findet g); folgbar, da der Commißionsrath Lauterbach ohne männliche Leibeslehnserben verstorben, die Lehnssucceßion nach dem Allodialrechte geschehen muß; in diesem aber, daß leibliche Geschwister, mit den Kindern verstorbener leiblicher Geschwister ohne Unterschied des Geschlechtes, zugleich erben sollen, klar verordnet ist h); hiernächst die Geheimderäthin von Schott mit den Kühnholdischen beyden Schwestersöhnen nicht nur von dem ersten Erwerber der qu. Güter abstammet, sondern auch darauf die Mitbelehnschaft erhalten hat: So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß, bey den in den Lehnscheinen *sub A et B* befindlichen Ausdrücken, die leibliche noch lebende Schwester des verstorbenen Commißionsrathes Lauterbachs, nämlich die Geheimderäthin von Schott, mit den Kühnholdischen beyden Schwestersöhnen, zugleich zur Succeßion in gedachte beyde Lehngüter zuzulassen sey.

Die

f) *II. F.* 30. STRUV in *synt. iur. feud. cap.* 9. §. 8. *not.* 5. STRYK in *tr. de succ. ab int. diss.* 1. *cap.* 3. §. 3.

g) HELLFELD in *elem. iur. feud.* §. 247. *et* 248.

h) *Nov.* 118. *cap.* 3.

Die zweyte Frage betreffend, obwohl bey einem Mann- und Weiberlehn, in dem Falle, da die Succeßion, nach Erlöschung des Mannsstammes, an die weibliche Linie kommt, die vorhandenen Mannspersonen die Weiblichen von der Erbfolge ausschließen i); mithin, daß auf den Fall, da die vorige erste Frage zu verneinen wäre, auch der Geheimderäthin von Schott beyde Söhne, ohne einmal zugleich darauf, daß sie noch zur Zeit keine Mitbelehnte sind, zu sehen, kein gleiches Recht mit der verstorbenen Lieutenantin Kühnholdin beyen Söhnen zur Succeßion in die qu. Güter hätten, es scheinen dörfte:

D. a. u. d. die beyden Söhne der Geheimderäthin von Schott sowohl, als die beyden Söhne der verstorbenen Lieutenantin Kühnholdin von dem Oberamtmanne Lauterbach, als dem ersten Erwerber der qu. Güter, abstammen, und ihnen ebenfals, als Personen von gleichem Geschlechte, auch ein gleiches Recht an den qu. Gütern zustehet, wenn ihre Mutter, wie sich doch, vermöge der Entscheidungsgründe bey der vorigen ersten Frage, nicht behaupten läßt, nicht zur Succeßion gelangen kann, gestalten ihre Mutter alsdenn ebenfals, wie der von Schottischen Söhne ihre Mutter, als nicht vorhanden anzusehen ist; hierbey ihnen auch der Umstand, daß sie noch keine Mitbelehnte sind, nicht entgegen stehen mag, indem sie eines Theils, bey Lebzeiten ihrer Mutter die Mitbelehnschaft, da solche schon von dieser erlanget worden, zu suchen, keine Verbindlichkeit gehabt, andern Theils, sie auch schon in der Person ihrer Mutter als Mitbelehnte angesehen werden können: So erachten Wir in den Rechten gegründet zu seyn, daß, auf den Fall, da die vorige erste Frage zu verneinen wäre, dennoch der Geheimdenräthin von Schott beyden Söhnen ein gleiches Recht mit der verstorbenen Lieutenantin Kühnholdin beyden Söhnen zur Lehnssucceßion in die *qu.* Güter zustehe. V. R. W.

Obwohl, die Inseratfrage betreffend, nämlich, ob die beyden Kühnholdischen Söhne, von der in Eisenach wohnenden Geheimdenräthin von Schott, in Ansehung der Erbfolge in das Allod, so der verstorbene Commißionsrath Lauterbach hinterlassen, ausgeschlossen werden können? die Kühnholdischen Söhne in dem Gothaischen,

i) *II. F. 17. II. F. 51. §. 3. Similiter.* §. 203 *et* 208. STRUV *l. c.* HELLFELD in *elem. iur. feud.*

schen, alwo, nach Sächsischen Rechten, die Geschwisterkinder, von den Geschwistern des Verstorbenen in dessen Beerbung ausgeschlossen werden, sich aufhalten, und, vermöge der von Quärenten beygelegten Abschrift des Landtagsabschiedes vom 14den November 1737, in dem Fall, wenn auswärtige Geschwisterkinder, so nach den Gesetzen des Landes, worinne sie wohnhaft, von dergleichen Erbfolge ausgeschlossen werden, in den Gräflich Reußischen Landen erben wollen, ihnen das Repräsentationsrecht um deswillen, weil hinwider gleichfals die in den Reusischen Landen wohnende Geschwisterkinder in dortigen Landen, nach den Stämmen zu erben, nicht zugelassen werden, nicht zu Statten kommen soll; und also, daß selbige, nämlich die Kühnholdischen Söhne, von der in Eisenach wohnenden Geheimderäthin von Schott, in Ansehung der Erbfolge in das Allod, so der verstorbene Commißionsrath Lauterbach hinterlassen, ausgeschlossen werden könnten, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. Quärent angemerket, daß die beyden Kühnholde einige Grundstücke zu Schleitz haben, so ihnen von ihrer verstorbenen Mutter, der Lieutenantin Kühnholdin, welche die Bürgerrechte gehabt, angefallen, und selbige doch auch die Bürgerrechte durch Ueberschreibung der Güter zu erlangen, die Hofnung haben; sodann ihnen an den in Reusischen Landen liegenden Lehnen eine Mitbelehnschaft zustehet, welche, ob sie gleich kein Wohnungs- und Insassenrecht giebet k), dennoch dem Mitbelehnten ein Miteigenthumsrecht zuwege bringet, daß er nicht völlig für einen Auswärtigen angesehen werden mag, zumal da in den sächsischen Landen die Vasallen und Mitbelehnten ob plenum landsassiatum, zugleich für Unterthanen des Landes anzusehen sind l); hierzu auch hauptsächlich noch dieses kommt, daß selbst die Geheimderäthin von Schott, sich nicht in den Reusischen Landen aufhält, sondern, wie Quärent mit gedacht hat, in Eisenach wohnet, und sie sich also füglich der in den Zweifelsgründen angezogenen Stelle des Landtagsabschiedes wider die Kühnholdischen Söhne nicht bedienen kann: So sind Wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß die beyden Kühnholdischen Söhne von der in Eisenach wohnenden Geheimderäthin von Schott, in Ansehung der Erbfolge in das Allod, so der verstorbene Commißionsrath Lauterbach hinterlassen, nicht ausgeschlossen werden können. V. R. W.

k) CARPZOV *part. 2. decis.* 129. §. 30.
l) HORN in *iurispr. feud. cap.* 129.

LXXV.

Rechtliches Gutachten

nach A** in November 1774.

Bey einem vom Vater erworbenen, und, nach dessen Ableben, auf seine in unterschiedener Ehe gezeugten Söhne vererbten Lehne, welches diese in Gemeinschaft besitzen, schließt, nach des einen Sohnes Tode, dessen vollbürtiger Bruder den Halbbruder von der Lehnsfolge in des Verstorbenen hinterlassenen Lehnsantheil, weder nach den gemeinen, noch nach den sächsischen Lehnrechten aus.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst einer Frage z. u. d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Hat ein angesehener Mann bürgerlichen Standes, Nahmens S**, ein in allhiesigen fürstlichen Sachsen-Weimarischen Landen gelegenes Mannlehnrittergut bis an seinen Tod eigenthümlich besessen. Hat derselbe auch sich zweymal verehliget und mit seiner ersten Frau, einer gebohrnen G**, nur einen einzigen Sohn, Nahmens Johann Wilhelm S., hingegen mit seiner zweyten Ehefrau, einer gebohrnen K., zwey Söhne, wovon der älteste den Nahmen Johann Christoph Immanuel S., der jüngste aber, den Nahmen Johann Gottlob S., bekommen, erzeuget. Ist hierauf deren Eingangs gedachter Vater S. verstorben und dessen gehabtes Rittergut auf seine vorbenanten drey Söhne erster und anderer Ehe Antheilsweise vererbet worden. Haben diese drey Söhne nun auch, nach ihres Vaters Ableben, besagtes väterliche Rittergut bey dem fürstlichen Lehnhofe jeder zu ein Drittheil in Lehn und Würden gereicht erhalten und sodann mit einander in Besitz genommen, auch dergestalt verpachtet, daß ein jeder dieser drey Söhne, wegen seines an dem Rittergute habenden ein Drittel Antheils, von den Pachtgeldern jedesmal einen Drittheil richtig erhalten. Ist nun aber, vor Verlauf ohngefehr eines halben Jahres, der jüngste Sohn zweyter Ehe, Johann Gottlob S., ohne Testament und Kinder verstorben. Will nun dieses sein vollbürdiger Bruder, Johann Christoph Immanuel S., dessen nachgelassenen ein Drittheil an dem qu. Rittergute mit Ausschluß seines Halbbruders, Johann Wilhelms S., in Besitz nehmen, und den davon fallenden ein Drittheil der

der Rittergutspachtgelder, sich alleine zueignen. Meint nun aber eben gedachter Halbbruder, daß ihm von solchem nachgelassenen ein Drittheil des Rittergutes und der davon fallenden Pachtgelder seines verstorbenen Halbbruders, Johann Gottlobs S., die Hälfte gebühre, und daß also die Rittergutspachtgelder, welche vorhero in drey Theile vertheilt worden, nunmehro, nach Absterben sothanen seines Halbbruders, zwischen ihm und des Verstorbenen nachgelassenen vollbürtigen Bruder, Johann Immanuel S., getheilet werden müßten. Entstehet dahero die Frage:

> Ob der ein Drittel Antheil an dem *qu.* Rittergute, welchen der verstorbene Johann Gottlob S. nach sich gelassen, auf seinen vollbürtigen Bruder, Johann Christoph Immanuel S., alleine vererbfället sey? oder, ob dessen Halbbruder, Johann Wilhelm S., welcher in der ersten Ehe von seinem Vater gezeuget worden, sich als ein Miterbe dabey geriren und solchergestalt Anspruch auf die Hälfte des *qu.* ein Drittheil Rittergutes machen könne?

Ob nun wohl nicht nur, nach den gemeinen Rechten, des Verstorbenen vollbürtiger Bruder dessen Halbbruder von der Erbfolge ausschliefet m), sondern auch, nach sächsischen Rechten, der nächste im Blute auch der nächste im Gute ist, und dahero die halbe Geburt um einen Grad zurück tritt, daß also ebenfalls des verstorbenen Nachlaß nicht sein Halbbruder, sondern sein vollbürtiger Bruder ererbet n); des verstorbenen Johann Gottlob S. Bruder, Johann Wilhelm S. aber nur ein Halbbruder, hingegen Johann Christoph Immanuel S. ein vollbürtiger Bruder von ihm dem verstorbenen Johann Gottlob S. ist, masen Johann Wilhelm S. mit dem verstorbenen Johann Gottlob S. nur einerley Vater, hingegen Johann Christoph Immanuel S. mit dem verstorbenen Johann Gottlob S. einerley Vater und Mutter zugleich gehabt hat; mithin, daß der ein Drittheil Antheil an dem qu. Rittergute, welchen der verstorbene Johann Gottlob S. nach sich gelassen, auf seinen vollbürtigen Bruder, Johann Christoph Immanuel S., alleine verabfället sey, es das Ansehen gewinnen dörfte:

m) *Nov. 118. cap. 3. Auth. Post fratres autem ex utroque parente C. de legitim. her.*

n) Sächs. Landr. *lib. III. art. 3.*

D. a. u. d. das qu. Rittergut ein Mannlehn ist, welches des Johann Wilhelm, Johann Christoph Immanuel und des Johann Gottlob S. leiblicher Vater sich erworben und ihnen zusammen nach seinem Tode hinterlassen hat; gedachte drey Söhne auch, nach Ableben ihres Vaters, insgesammt damit von dem fürstlichen Lehnhofe beliehen worden sind, und solches nachhero gemeinschaftlich in der Mase genutzet haben, daß bey dessen Verpachtung ein jeder, wegen seines an dem Gute gehabten ein Drittheils, auch einen Drittheil von den Pachtgeldern erhoben hat; in der Lehnsfolge der Seitenverwandten aber bey einem von dem Vater erworbenen Lehne die Verwandschaft von der Mutter keine Wirkung hat, und dahero des Verstorbenen Halbbruder vom Vater her, mit dessen vollbürtigen Bruder zugleich zur Lehnsfolge gelanget o), masen der Halbbruder eben so wohl, als der vollbürtige Bruder von dem Vater, der sich das Lehn erworben, abstammet, und dahero auch nach sächsischen Lehnrechten bey der Lehnssucceßion nicht auf das gedoppelte Band der Verwandschaft vom Vater und Mutter her, sondern lediglich auf die Abstammung von dem Erwerber des Lehnes gesehen wird p); und die in der gesamt Belehnung stehende Brüder, sie seyn gleich vollbürtig oder Halbbrüder, gleiches Recht zur Lehnsfolge haben, daß also dasjenige, was in den Zweifelsgründen angeführet worden, wohl bey einer Succeßion in die Erbgüter, nicht aber bey Lehnen Statt findet: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß des verstorbenen Johann Gottlobs S. Halbbruder, Johann Wilhelm S., bey jenes seinen nachgelassenen Eindrittheil an den *qu.* Rittergute allerdings als einen Miterben sich geriren, und auf die Hälfte sothanen Eindrittheils Anspruch machen könne. V. R. W.

LXXVI.

Rechtliches Gutachten

nach H**im Julius 1767.

1. Wenn ein Testirer ihrer mehrere zu seinen Erben einsetzet, und einem darunter den Nießbrauch von seinem sämmtlichen Nachlaß auf

o) *II. F.* 11. not. 1. HORN in *iurispr. feud. cap.* 16. §. 5.

p) CARPZOV *part.* 3. *conſt.* 29. *def.* 4. 5. STRUV in *synt. iur. feud. cap.* 9. §. 6.

auf seine Lebenszeit vermacht, so braucht dieser Erbe dennoch die Leichen- und Begräbnißkosten des Testirers nicht alleine, sondern nur zum Theil zu tragen.

2. Wenn ein Vasall seinem zum Erben eingesetzten Enkel auf den Fall, da dieser ohne Hinterlassung männlicher Nachkommen verstorben, seine Enkelin und deren Leibeserben substituiret hat, so ist diese Substitution dahin auszulegen, daß diese Enkelin und deren Leibeserben, auf den ausgedruckten Fall, alles dasjenige, was bey seinem Rittergute unter seiner, des Testirers, freyen Disposition gestanden, und worüber er folgbar ohne Einwilligung der Lehnsfolger und des Lehnherrens durch letzten Willen zu disponiren die Macht gehabt, erhalten sollten.

3. Von den Meublen und Auszierungen, welche auf dem Ritterguts-schlosse eines verstorbenen Vasallens in den Zimmern, so dessen nach ihm verstorbene Gemahlin bewohnt gehabt, sich befinden, gehören diejenigen, welche einem jeden Besitzer des Schlosses zum bequemern Gebrauch und zur Verschönerung des Schlosses dienen, zur Einrichtung in dem Schlosse, und sind unter den Worten: Tapeten, Stühle, Tische und dergleichen: dergestalt mit begriffen, daß sie den Erben der verstorbenen Gemahlin des Vasallens nicht verabfolget zu werden brauchen; hingegen alles übrige Meublement und Auszierungen, so blos allein zu dem besondern Vergnügen der Gemahlin des verstorbenen Vasallens angeschaffet worden, sind dahin nicht zu rechnen.

4. In wieferne in einem Schlosse die auf einen Postament, so an eingemauerten Hacken hänget, stehende pretiöse Wanduhr, sodann die kostbaren porcellainenen Aufsätze und Statüen, unter die Mobiliarverlassenschaft zu rechnen, oder vielmehr zur Einrichtun des Schlosses gehörig sind.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung mit vier Beylagen sub. num. 1. 2. 3. 4. nebst vier Fragen zugeschicket u. d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Hat der Geheimderath und Generallieutenant, Herr Johann Christoph von Reizenstein, auf Rentschau, Hohenberg, Regnitzlosau, Ißigau und Tiefendorf, nachdem seine Gemahlin verstorben, zum zweyten male

male mit Marien Christianen Henrietten, gebohrnen von Beulwitz, sich vermählet und mit derselben untern 27ten Jenner 1744 juxt. num. 3 eine Ehestiftung errichtet. Hat auch derselbe in seinem Testamente sub num. 1 diese seine zweyte Gemahlin und seine vier Enkel von seiner Tochter erster Ehe, Sophien Louisen Johannen Christianen, Hanß Heinrich Friederichen, Friedericken Carolinen Christianen und Friedericken Henrietten Christianen von Reizenstein zu seinen Erben eingesetzet. Hat auch sothane seine zweyte Gemahlin ein Testament sub num. 4. errichtet und darinne ihren Gemahl zum alleinigen Erben ernennet. Ist darauf dieser ihr Gemahl, der Herr Geheimderath Johann Christoph von Reizenstein, am 27sten April und bald darauf sie selbst am 20sten May dieses 1767sten Jahres ohne Hinterlassung einiger ehelichen Leibeserben verstorben. Dürfte nun unter den Erben des gedachten Herrn Geheimderaths und dessen Frau Gemahlin, bey nächster Zusammenkunft gar leichte Irrung und Zweyspalt entstehen. Wird dahero in Nahmen der Erben des Herrn Geheimdenraths gefraget:

1) Ob die Erben der verstorbenen Frau Generalin die Leichen- und Begräbnißkosten ihres Gemahls, des verstorbenen Herrn Generals, ganz oder nur zum Theil zu tragen schuldig?

2) Was die Worte in dem Testamente des Herrn Generals *sub num. I fol. 3 b:* so viel davon zu vermachen, erblich zufallen und zu Theil kommen solle: zu bedeuten haben?

3) Ob zur Einrichtung in dem Schlosse und unter den Worten: Tapetten, Stühlen, Tischen und dergleichen: auch dasjenige Meublement und Auszierung in denenjenigen Zimmern, worinne die verstorbene Frau Generalin logiret, mit darunter zu verstehen, oder nicht?

4) Ob die auf einen Postament, so an eingemauerten Hacken hanget, stehende preciöse Wanduhr, sodann die kostbaren porcellanen Aufsätze und Statüen, unter die Mobiliarverlassenschaft zu rechnen, oder vielmehr zur Einrichtung des Schlosses gehörig sey?

Ob wohl, die erste Frage belangend, ein Nießbraucher allen Aufwand, so mit den Gütern, die ihm zum Nießbrauch überlassen worden, verknüpft ist, wegen der geniessenden Nutzungen alleine zu tragen verbunden

bunden ist; und also von dem Eigenthümer deshalb einen Beytrag zu fordern, kein Recht hat q); der Frau Generalin aber von dem Rittergute der Besitz und völlige Genuß aller Einkünfte und Gerechtigkeiten, so lange sie leben würde, von ihrem Gemahl in seinem Testamente, mit Ausschließung ihrer Miterben, vermacht worden ist; mithin, daß die Erben der verstorbenen Frau Generalin auch die Leich- und Begräbnißkosten ihres Gemahls, des verstorbenen Herrn Generals, ganz zu tragen schuldig wären, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. die Leichen- und Begräbnißkosten, so zu Beerdigung eines Erblassers nöthig, dieses seinem Erben, wofern er die Besorgung seiner Leiche nicht Jemanden besonders aufgetragen, fürnämlich oblieget r); folgbar, wenn der Verstorbene mehrere zu seinem Erben hinterläst, auch ein jeder, nach seinem Antheil, den er von der Verlassenschaft bekommt, die Leichen- und Begräbnißkosten mit zu tragen verbunden ist; und dieserhalb auch ein Fideicommißerbe das Seinige hierzu beyzutragen hat s); die Frau Generalin aber, nicht allein ihres Herrn Gemahls Erbe geworden, sondern auch zugleich dessen vier Enkel zu Erben gehabt hat; folglich diese ebenfals die Leichen- und Begräbnißkosten des verstorbenen Herrn Generals mit zu übernehmen verbunden gewesen, ungeachtet die Frau Generalin alleine den Nießbrauch von dem Rittergute Hohenberg ausgesetzt erhalten, gestalten die Frau Generalin diesen Nießbrauch eines Theils nicht ganz umsonst, sondern Vergeltungsweise, weil sie zu Erkaufung des Rittergutes Hohenberg von ihrem eigenen Vermögen einige Tausend Gulden Anlehnsweise hergegeben, vermacht bekommen, und ihr zugleich, davon jährlich 130 fl. Interessen, als 50 fl. an die Comteß. Friedericken Reuß, 50 fl. an des Testirers Schwägerin, der Frau Hauptmännin von der Oelsnitz, und 30 fl. an des Testirers Schwiegersohn, den Herrn Ritterhauptmann von Reizenstein, wegen 2600 Frfl. Capitalien, abzutragen, auferleget worden ist; sowohl andern Theils, ein vsufructuarius, bloß als vsufructuarius betrachtet, die Person des Verstorbenen nicht vorstellet, und dieserhalb, wenn er auch alle Güter des Verstorbenen zu nutzen hat, dessen Schulden zu bezahlen nicht verbunden

q) *l. 7. §. 2. l. 27. §. 3. D. de vsufruct. et quemadm. l. 2. C. de annon. et trib. l. 7. de publ. et vectig.*

r) *l. 12. §. 4. l. 14. §. vlt. D. de religios. et sumt. fun.*

s) STRYK in *vsu mod. Pand. lib.* 10. *tit.* 7. §. 40.

bunden ist, sondern von dessen Erben nach ihren Erbtheilen und nicht nach den Vortheilen, welche sie sonst von dem Verstorbenen erhalten und die ihnen zum Exempel durch Vorausvermächtnisse zuwachsen, zu bezahlen sind t); die Leichen- und Begräbnißkosten aber, weil der Verstorbene solche aus seinen eigenen Mitteln zu entrichten gehabt, auch dessen Schulden mit ausmachen u); die also die Frau Generalin, weil sie nicht die alleinige Erbin ihres Gemahls gewesen, auch nicht alleine zu übernehmen gehabt, und solchergestalt dasjenige, was in den Zweifelsgründen wegen des dem vsufructuario obliegenden Aufwandes vorgetragen worden, auf einen vsufructuarium, der mit andern im Testamente zum Erben eingesetzet worden, nicht angewendet werden mag; dritten Theils der Herr General, wenn er seine Gemahlin alleine mit Entrichtung der Leichen- und Begränißkosten hätte beschweren wollen, solches ohne allen Zweifel angezeiget haben würde; und also, da er dieses nicht gethan, auch das Gegentheil, besonders wegen der gegen sie gehegten grosen Liebe, sicher anzunehmen stehet: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die Erben der verstorbenen Frau Generalin die Leichen- und Begräbnißkosten ihres Gemahls, des verstorbenen Herrn Generals, nicht ganz, sondern nur zum Theil, zu tragen schuldig sind.

Obwohl, in Erwägung der zweyten Frage, die darinne angeführten Worte des Testaments auf des Testirers Enkelin Sophien Louisen Johannen Christianen und deren Leibeserben, als welche der Testirer seinem Enkel, Hanß Heinrich Friedrich, auf den Fall, da dieser ohne Hinterlassung männlicher Nachkommen verstorben, substituiret hat, sich beziehen; einem Aftererben oder Substituten aber, auf den sich ereignenden Erledigungsfall, eben das, worinne der Testirer seinen ersten Erben eingesetzt hat, hinterlassen zu seyn geachtet wird x); mithin, daß sothane Enkelin und deren Leibeserben, nach Abgang gedachten Enkels und dessen männlichen Descendenz, das ganze Rittergut Hohenberg mit allen Nutzungen eben so, wie es dieser besessen, bekommen sollten, der Testirer gewolt haben dürfte:

D. a. u. d.

t) *l.* 1. *C. si certum petat.* Vbi: Explorati iuris est, hereditaria onera ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinere. Add. GAIL *lib.* 2. *obs.* 146.

u) *l.* 1. *D. de religios. et sumt.*

x) *l.* 74. *D. de legat.* 1.

D. a. u. d. bey Rittergütern, dergleichen das Gut Hohenberg ist, der Regul nach, die Weibespersonen und deren Nachkommen nicht succediren y); und dieserhalb auch ein Vasall in seinem Testamente dergleichen Personen, wider Willen der Lehnsfolger und des Lehnherrens, keine Erbfolge zuwenden kann z); solchemnach auch von dem Herrn General von Reizenstein, daß er hierwider handeln wollen, nicht zu vermuthen stehet, sondern, daß seine Enkelin Sophie Louise Johanne Christiane und deren Leibeserben, auf den ausgedruckten Fall, alles dasjenige, was bey sothanem Rittergute unter seinen, des Testirers, freyen Disposition gestanden, und worüber er folgbar, ohne Einwilligung der Lehnsfolger und des Lehnherrens, durch letzten Willen zu disponiren die Macht gehabt, erhalten sollten, vielmehr dessen Meinung gewesen zu seyn scheinet, und dahin auch die Worte, so viel davon zu vermachen, nämlich, stehet, das ist, so weit ich darüber durch letzten Willen ohne Einwilligung der Lehnsfolger und des Lehnherrens darüber zu disponiren berechtiget bin, auszulegen, und in der Mase auch die Worte, erblich zufallen und zu Theil kommen solle, zu verstehen sind, daß nämlich benannte Personen von dem Rittergute so viel, als ihnen der Testirer davon eigenmächtig hinterlassen können, erhalten sollten: So achten wir den Rechten gemäs zu seyn, daß die Worte in dem Testamente des Herrn Generals *sub num. 1 fol. act. 3b.* so viel davon zu vermachen, erblich zufallen und zu Theil kommen sollte: von des Testirers Enkelin Sophie Louise Johanne Christiane und deren Leibeserben dahin, daß diese, nach Abgang des Enkels Hanß Heinrich Friedrichs von Reizenstein und dessen männlichen Nachkommen von dem Rittergute Hohenberg, mit Ausschliessung ihres Vaters und der übrigen Fräulein Schwestern, so viel, als dabey unter seiner freyen Disposition gestanden, erblich erhalten sollten, zu verstehen sind.

Obwohl, auf die dritte Frage zu kommen, von einem Testirer, daß er habe über fremde, als ihm nicht zugehörige Sachen, in seinem Testamente disponiren wollen, nicht zu vermuthen stehet; mithin, daß dasjenige Meublement und die Auszierung in denenjenigen Zimmern, worinnen die verstorbene Frau Generalin gewohnt gehabt, nicht zur Einrichtung in dem Schlosse gehöre, und nicht unter den Wörtern: Tapetten, Stühlen,

y) II. F. 36. z) I. F. 8.

len, Tischen und dergleichen, zu verstehen sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. von allen Sachen, die in dem Hause eines verstorbenen Ehemannes vorgefunden werden, daß sie demselben zugehört haben, so lange, bis die Fraue, daß sie solche eingebracht oder von den ihrigen sich angeschaft habe, erweiset, vermuthet wird a); dieserhalb nun auch von den Meublen und Auszierungen, welche sich in den Zimmern, so die Frau Generalin bewohnet gehabt, vorgefunden, die rechtliche Vermuthung, daß sie ihrem Gemahl, dem vorhero verstorbenen Herrn General, zugehöret haben, zu fassen ist; unter diesen aber, aller Wahrscheinlichkeit nach, nicht blos solche Sachen, welche lediglich zur Bequemlichkeit und Vergnügen der Frau Generalin, sondern auch solche, welche überhaupt zu bequemern und angenehmern Aufenthalt eines jeden Besitzers von dem Schlosse und der darinn befindlichen Zimmer dienen, befindlich seyn werden; letztere Sachen aber, solche, welche zur Einrichtung des Schlosses gehören, ausmachen b): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß von den Meublen und Auszierungen, so in den von der Frau Generalin bewohnten Zimmern des Schlosses, auf dem Ritterqute Hohenberg, anzutreffen, so viel als davon einem jeden Besitzer des Schlosses zum bequemern Gebrauch und zur Verschönerung des Schlosses dienen, auch zur Einrichtung in dem Schlosse gehören, und unter den Worten: Tapetten, Stühlen, Tischen und dergleichen für mitzbegriffen, und die folgbar den Erben der Frau Generalin nicht verabfolget zu werden brauchen, zu halten sind, hingegen alles übrige Meublement und Auszierung, so blos allein zu dem besondern Vergnügen der Frau Generalin angeschaffet worden, nicht dahin zu rechnen, und also unter des Herrn Generals und dessen Gemahlin Erben zu vertheilen ist.

Endlich, die vierte Frage belangend, obwohl alles dasjenige, was in einem Schlosse Erd- Wand- Band- Nied- und Nagelfeste ist c); desgleichen, was aus der Absicht, um es auf dem Schlosse zum beständigen

a) *l. 51. ibique Doctores D. de donat. int. vir. et uxor.* PECK *de testam. coniug. lib. 2. cap. 1. num. 1.* MEVIUS *par. 5. decis. 359. num. 13.*

b) *l. 12. §. 16. 27. 28. 31. 32. usque ad fin. D. de instructo vel instrum. legat.*

c) *l. 17. pr. et l. 38. §. 2. D. de act. emt.*

digen Gebrauch zu haben, angeschaft worden, für unbeweglich gehalten wird, und einen Theil des Schlosses ausmacht, folglich auf den eigenthümlichen Besitzer des Schlosses mit übergehet d); die in Frage gebrachte Uhr aber auf einem an eingemauerten Hacken hangenden Postamente ruhet; porcellainene Aufsätze und Statüen aber nicht allemal zum beständigen Gebrauch in das Schloß gebracht werden; mithin, daß die Wanduhr nicht unter die Mobiliarverlassenschaft, wohl aber die kostbaren porcellainenen Aufsätze und Statüen darunter zu rechnen seyn, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. der Herr General in seinem Testamente die Juwelen, Gold, Silber, Medaillen, Porcellain, Kleider, weiß Zeug, Bücher, Gewehr, Pferde, Kutschen, Geschirr, Sattel, Schaberacken und Gezeug, wie solches alles Nahmen haben mag, und in dem Schlosse befunden wird, zu seiner Mobiliarverlassenschaft ausdrücklich gerechnet und nur was in dem Schlosse an Tapetten, Betten, Spiegeln, Portraits, Stühlen, Tischen, und dergleichen, zu dessen Einrichtung vorhanden, davon ausgenommen hat; sodann das Postament an einer Wanduhr blos als eine Nebensache von derselben anzusehen ist, ohne welche die Hautsache, als die Uhr, gar wohl seyn, und ohne Schaden ihrer Substanz, von einem Orte zum andern geschaft werden kann; auch nicht selten porcellainene Aufsätze und Statüen nicht blos auf eine Zeitlang, sondern auf immerwährend, so lange sie dauren, zur Verschönerung des Schlosses angeschaft werden: So geht unser rechtliches Gutachten dahin, daß, wenn mehrere Wanduhren auf dem Schlosse vorhanden seyn sollten, und die qu. Wanduhr nicht für beständig auf das Schloß gebracht worden, selbige auch nicht zur Einrichtung des Schlosses, sondern unter die Mobiliarverlassenschaft gehöre, hingegen von den kostbaren porcellainenen Aufsätzen und Statüen nur so viel, als zur Verschönerung des Schlosses und, bey dessen Bewohnung, zum Gebrauch nöthig ist, zu dessen Einrichtung, alles übrige aber zur Mobiliarverlassenschaft zu rechnen sey. V. R. W.

d) *l. 17. §. 7. D. de act. emt. et vend.*

LXXVII.

Von der Strafe des Lehnmannes, welcher die Lehnserneuerung binnen gesetzmäsiger Zeit zu suchen verabsäumet hat.

§. 1.

Unter den Lehnspflichten eines Vasallens, welche ihm schon unmittelbar von den Lehnsgesetzen auferleget werden, gehört unter andern auch, daß derselbe, so bald ihm bekannt wird e), daß ein Haupt- oder Lehnsfall vorhanden, binnen der gesetzmäsigen Zeit um die Lehnserneuerung nachsuche f).

§. 2.

Der gedachte Hauptfall ist vorhanden, wenn das Oberlehnseigenthum (dominium feudale directum), der Lehnsfall aber, wenn das nutzbare Lehnseigenthum (dominium feudale vtile) an einen andern gelanget, und solchergestalt entweder in der Person des Lehnherrens oder in der Person des Vasallens eine Veränderung vorgehet g).

§. 3.

Die gesetzmäsige Zeit, binnen welcher ein Vasall um die Lehnserneuerung nachzusuchen hat (§. 1.) bestehet nach gemeinen oder Longobardischen Lehnrechten, in einem Jahre und Tage h), oder einem Jahre und

e) *II. F. 9. cap. 1.* wo es heist: vel annali silentio, *ex quo sciuerit*, computando.

f) *II. F. 24. pr.* wo es heist: Prima autem caussa beneficii amittendi haec fuit, et adhuc est in plerisque curiis (sed in nostra curia Mediolanensi non obtinet), quod si vasallus per annum et diem domino suo mortuo steterit, quod heredem domini sui, inuestituram petendo, fidelitatem pollicendo non adierit, tanquam ingratus existens beneficium amittit: et e conuerso, si domino superstite vasallus decesserit, et filius eius per iam dictum tempus neglexerit petere inuestituram, beneficio carebit.

g) Nach dem vorhin angezogenen Text *II. F. 24. pr.* dem auch der Text *I. F. 22. cap. 1.* beyzufügen ist.

h) Nach dem zuvor angezogenen Texte *II. F. 24. pr.* Ferner nach dem Capitul des Königes Conrads *II. F. 40.* nach dem Gesetz sowohl des Kaysers Lothars *II. F. 52. §. 3.* als des Kaysers Friederichs *II. F. 55. pr. in fin.*

und Monate i). Hingegen nach den sächsischen Lehnrechte k), ist die Zeit der zu suchenden Lehnserneuerung Jahr und Tag, das ist, ein Jahr und sechs Wochen. Welchem der Gerichtsgebrauch noch drey Tage hinzugefüget hat l).

§. 4.

Die **Lehnserneuerung** selbst (Renouatio inuestiturae) ist diejenige Handlung, wodurch eine bereits geschehene Belehnung aufs neue von dem Lehnherren bestätiget wird. Hingegen das Gesuch, womit man sich die Belehnung erbittet, heist **die Lehnsmuthung.** Der Brief, worinne dieses geschiehet, heist der **Ansinnungszettel.** Und von demjenigen, welcher die Lehn gehörig muthet, spricht man, daß er **der Lehn rechte Folge thue**, oder **der Lehn gebührende Folge leiste.**

§. 5.

Gesetzt nun aber, daß ein Vasall bey gedachter Veränderung eines Lehnherrens oder Lehnmannes (§. 2.) die Lehn, zu rechter Zeit, aufs neue nicht muthete, so begehet er diesen Lehnsfehler entweder vorsätzlich, oder aus Unachtsamkeit. Ist das erste, so kann deshalb sein Lehn von dem Lehnherrn eingezogen werden m). Hingegen ist das zweyte, so stehet zwar auch in den gemeinen Lehnrechten, nach der jüngern Verordnung Kaysers **Friedrichs des Ersten**, auf eine jede unachtsamer Weise verabsäumten Lehnsmuthung der Verlust des Lehnes n), allein dem ungeach-

i) *I. F.* 22. *cap.* 1. Welcher Text auch zu Bestimmung des in den nächstvorhergehenden Texten gedachten Tages in den Gerichten angewendet wird. STRVV in *synt. iur. feud. cap.* 10. §. 7. mit der Note HORN in *iurispr. feud. cap. XVII.* §. 14.

k) *Capit.* 22. und 25.

l) STRVV und HORN a. a. O.

m) Nach dem Gesetz des Kaysers Lothars des Zweyten *II. F.* 52. *cap.* 3. wo es heist: Quoniam inter dominum et vasallum *nulla fraus*, *nec vllum malum ingenium* debet interuenire, id circo per hanc praesentem legem sancimus, si vasallus *non dolose* (ein anderes ist es also, wenn es *dolose* oder vorsätzlich geschiehet) per annum et diem steterit, quod a domino sui beneficii inuestituram non petierit: feudum non ob hoc amittat. *Dolus* enim abesse videtur, si iusta caussa impediente steterit (das ist, wenn er aus rechtserheblicher Ursache die Lehnsmuthung unterlassen hat). So auch *IV. F.* 97.

n) *II. F.* 55. *pr. in fin.* dessen Worte folgende sind: Praeterea si quis infeudatus maior quatuordecim annis *incuria* vel *negligentia* per annum et diem steterit,

ungeachtet pfleget man die ältere Verordnung des Kaysers **Lothars des Zweyten**, nach welcher eine nicht vorsätzlich unterlassene Lehnsmuthung den Verlust des Lehnes keinesweges nach sich ziehen soll o), in den Gerichten vorzuziehen, und die versäumte Lehnsmuthung nur mit einer Geldbuße (emenda) zu bestrafen p). Welche nach der Größe der jährlichen Lehnseinkünfte und der vorhandenen Nachläßigkeit des Vasallens am füglichsten zu bestimmen ist.

§. 6.

Ob nun zwar, dem Gerichtsgebrauche nach, der Vasall wegen einer blos nachläßiger Weise versäumten Lehnsmuthung des Lehnes nicht verlustig wird (§. 5.), so entstehet doch aber nunmehro die Frage, wie ist dieser Gerichtsgebrauch auszulegen? ist er auch von der gröbsten Nachläßigkeit (culpa lata) zu verstehen? Es dürfte so scheinen. Und daß also deshalb ein Vasall seines Lehnes nicht zu priviren sey q); weil eines Theils bey Strafen die größte Nachläßigkeit dem Betruge nicht gleich zu achten, und andern Theils die Verordnung des Kaysers **Lothars des Zweyten** r) die Lehnsprivation ausser dem Fall eines Betruges untersaget. Allein ich halte dafür, daß die größte Nachläßigkeit und der böse Vorsatz, weshalb die Lehnsmuthung nicht geschiebet, in Ansetzung des Lehnsverlustes ein ander gleich zu schätzen sind. Denn der Lehnmann ist seinem Lehnherrn vermöge des Lehnscontractes zu einer genauen Beobachtung der Lehnspflichten vollkommen verbunden. Selbst die Natur dieses Contractes, welcher aus einem besondern Vertrauen, so ein Theil auf den andern und besonders der Lehnherr auf den Vasallen setzet, erfordert schon, daß der Lehnmann dabey allen Fleiß anwende, weil ihm, eben der zu leistenden Treue halber, die Sache zu Lehn gegeben wird. Dahero wird er auch, wenn ihm in der Nichtbeobachtung seiner Lehnspflichten eine Schuld

terit, quod feudi inuestituram a proprio domino non petierit: transacto hoc spatio feudum amittat, et feudum ad dominum redeat;

o) *II. F.* 52. *cap.* 3. dessen Worte in die ohnweit vorhergehende Note m) dieses Paragraphen gedruckt worden.

p) VOCKEL in diss. *de omissione renouationis feudalis non dolose facta, hodie et praesertim in Saxonia ad amissionem feudi non sufficiente.* §. 25. 26. 27. ROSENTHAL *de feud. cap.* 6. *concl.* 56. *num.* 5. GAIL *lib.* 2. *obs.* 48. *num.* 9. STRVV in *synt. iur. feud. cap.* 10. §. 9. *num.* 3.

q) Wie dieser Meinung auch ist der Hr. Hofrath GEORG LVDWIG BOEHMER in *principiis iuris feudalis*, §. 191. Goett. 1767.

r) Siehe §. 5. Note m).

Schuld (culpa) beygemessen werden kann, das ist, daß er aus Vorsatz oder Nachläßigkeit s) einen Lehnsfehler begehet, seines Lehnes verlustig t). Hier ist also die große Nachläßigkeit, daß einer nicht thut was doch alle, und so gar unvorsichtige Leute, sonst zu beobachten pflegen u), dem Betruge gleich zu schätzen x). Und eben dieser Lehnsnatur gemäs, hat dahero Kayser **Friederich der Erste** neuerer Zeiten, nach dem Kayser **Lothar den Zweyten**, auf jede unachtsamer Weise verabsäumte Lehnsmuthung den Lehnsverlust ausdrücklich geordnet (§. 5). So wie auch die alten Teutschen gleichfalls den Vasallen, der das Lehn zu rechter Zeit zu muthen vernachläßigte, oder ohne ehehafte Noth versäumte, desselben verlustig erklärten y). Weicht man nun gleich in den Gerichten neuerer Zeiten davon ab, daß man die aus Nachläßigkeit unterlassene Lehnsmuthung nicht mit dem Verluste des Lehnes, sondern nur mit einer Geldbusse bestrafet (§. 5.), so ist dieser Gerichtsgebrauch doch eingeschränkt auszulegen, und unter der Nachläßigkeit, nur eine geringe oder wohl nur gar sehr geringe Schuld (culpa leuis aut leuissima) nicht aber eine große Fahrläßigkeit (culpa lata) zu verstehen z). Wenigstens müssen besondere Umstände vorhanden seyn, wenn deshalb wider den Vasallen nicht nach der Strenge des Lehnrechtes verfahren und derselbe nicht seines Lehnes verlustig erkläret, sondern nur in eine Geldstrafe genommen werden soll.

Rechtsfall

Die Lutterothische Familie besitzet den halben Zehend zu Lütgen Ammensleben, an 6 Schock Weizen, 12 Schock Rocken und 12 Schock Hafer, ingleichen den halben Fleischzehenden, wie auch die Rauchhüner und zwey freye Hufen Landes mit vier Morgen Ueberland auf dem Felde Wels-

s) *l.* 5. §. 1. *D. ad leg. Aquil. l.* 203. *D. de reg. iur.*

t) *I. F.* 22. *cap.* 3. wo es heist: Sancimus vt nemo miles adimatur de possessione sui beneficii, nisi *conuicta culpa.* Ferner *IV. F.* 97. wo am Ende die Worte zu befinden: Dicimus autem, vt (vasallus), *si contra ea, quae in fidelitate nominantur, fecerit, beneficio carebit.*

u) *l.* 223. *pr. D. de verb. signif.*

x) *l.* 226. *D. de verbor. singnif. l.* 32. *D. depositi*

y) Autor vetus *de beneficiis c.* 76. 77. Kayserrecht *cap.* 30. Sächsisches Lehnrecht *cap.* 29. und 42.

z) ROSENTHAL *de feudis cap.* 6. *conclus.* 56. *num.* 4. 5. STRUV in *synt. jur. feud. cap.* 10. §. 8. *not.* 1. HORN in *jurispr. feud. cap.* 17. §. 14. und 17. FLEISCHER in *instit. jur. feud. cap.* 15. §. 29. Siehe auch BERGER in *elect. disc. for. tit.* 40. *obs.* 7. *not.* 5.

Wesleben und 2 Hufen auf Eggersdorfer Marcke in Herzogthum Magdeburg gelegen, als Mannlehnstücke. Welche bey dem Fürstlich Anhaltischen Senioratḣauße zu Lehen gehen, und wovon der Hofrath Lutteroth, als Aeltester der Lutterothischen Familie, vor sich und die übrigen Lehnstheilhaber seit dem Jahre 1725 zum Lehnträger von dem Lehnhofe gnädigst bestätiget worden ist. Er wird auch in dieser Qualität bey Abgang der beyden Senioren des Fürstlichen Haußes Anhalt, des Fürstens Leopolds, zu Dessau, und des Fürstens August Ludewigs, zu Cöthen, mit bemeldten Mannlehnstücken rechtlicher Ordnung nach beliehen. Kurz nach dieser im Jahr 1756 bey dem fürstlichen Senioratḣauße Bernburg erhaltenen letztern Beleihung, verläst er, wegen damals in Teutschland eingetretenen Kriegesunruhen, seine Vaterstadt, und sucht vom Jahre 1758 bis zum hergestellten Frieden, und also bis zu Ende des Jahres 1763 in Petersburg und Coppenhagen seinen Aufenthalt. Nachhero begiebet er sich auf einige Jahre nach Homburg an der Höhe, ohnweit Frankfurt am Mayn. Während der Zeit geschiehet es, daß der Senior des fürstlichen Hauses Anhalt, Fürst Victor Friederich, zu Anhalt-Bernburg, verstirbet. Ungeachtet nun von der Lutterothischen Familie wegen ihrer Lehnsstücke und Erhebung derer davon fallenden Einkünfte ein besonderer Receptor zugleich mit dem Auftrage, jeden sich ereignenden Lehnsfall zeitig zu melden, bestellet worden, so hat doch der letztere schon vor einigen Jahren abgegangene und der neuere Receptor davon nichts angezeiget. Dahero ihm, dem Hofrath Lutteroth, zu Mühlhaußen, von jenem hohen Todesfalle nichts bekannt wird. Weil er sich nun deshalb zur Lehnserneuerung nicht gemeldet, so wird ihm von der fürstlich Anhaltischen Lehnscanzelley im Jahre 1775 schriftlich aufgegeben, binnen den nächsten vierzehen Tagen darzuthun, auf welche Mase, seit dem Ableben des gedachten Fürstens Victor Friederichs, der Anhaltischen Seniorat Mannlehnstücke eine gebührliche Folge geschehen wäre, und sodann fernere rechtliche Verfügung zu gewärtigen. Er erschrickt über diese Nachricht und Auflage. Entschuldiget sich sehr bey der Lehnscanzelley, und kommt darauf gleich unmittelbar bey dem Fürsten mit einer submissen Schrift ein. Er gestehet die unterbliebene Lehnsverfolgung, bittet seine Entschuldigungsursachen gnädigst anzunehmen, und, daferne sie ihn wider Verhoffen nicht von aller Schuld befreyen sollten, Gnade vor Recht ergehen zu lassen, und ihm so wohl, als seiner Familie den bey ihrer Entfernung ohne alles ihr Wissen und Vorsatz begangenen Fehler in Gnaden zu condoniren.

Der

Der Fürst remittirt dieses Schreiben an die Senioratscanzelley mit der Signatur, Supplicanten mit rechtlicher Resolution auf sein gegenwärtiges unterthänigstes Gesuch zu versehen, und in dieser Sache überall ihre Rechte genau wahrzunehmen.

Die Canzelley bestellet darauf jemanden in dieser Lehnsangelegenheit zum fiscalischen Advocat, um gegen den Hofrath Lutteroth fiscalisch zu klagen und des fürstlichen Senioratshaußes Gerechtsame bey diesem Säumnißfalle gründlich und gebührend zu vindiciren und wahrzunehmen.

Dieser fiscalische Advocat stellet darauf wider den Hofrath Lutteroth eine Lehnsprivationsklage an. Er begründet selbige damit, daß Beklagter in weiterer behöriger Verfolgung der Lehn über die erwähnten Mannlehnsstücke sich dergestalt säumig erwiesen, daß er darunter, nach Vorschrift so wohl gemeiner, als anhaltischer Lehnrechte, besage der anhaltischen Landesordnung tit. XVI, einen strafbaren Lehnsfehler begangen habe. Weshalb er zu erkennen bittet, daß die Lutterothische Familie sämtlicher Eingangs aufgeführter von dem hochfürstlich Anhaltischen Seniorat zu recognoscirender, in Herzogthum Magdeburg gelegener Mannlehnsstücke, wegen verabsäumter Lehnsfolge, für verlustig und solche dem hohen Lehnsherren für eröfnet und anheim gefallen zu erklären, dieselbe auch alle, seit der unterlassenen gesetzlichen Verfolgung des letztern Falles, davon erhobene Nutzungen, samt allen darunter verursachten Kosten zu erstatten schuldig.

Beyde Theile verfahren und beschließen in dieser Sache. Da denn die Acten hieher geschickt werden. Und der Schöppenstuhl ertheilet nach C** in May 1776 folgendes

Urthel.

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen des Aduocati fisci Emanuel Lebrecht Lezius, Klägers an einem, des landgräflich Hessen-Rheinfelsischen Gesammthofraths, Gotfried Lutteroths in Mühlhausen, als Lehnträgers der Lutterothischen Familie, Beklagtens am andern Theil, erkennen fürstlich Anhaltische zur Senioratscanzelley verordnete gesammte Hof- und Regierungsräthe zu Cöthen, nach eingehohlten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, vor Recht:

Daß Klägers auf eine Privation der libellirten in Herzogthum Magdeburg gelegenen Mannlehnsstücke gerichtetes Suchen, bewandten Umständen nach, nicht Statt hat. Es ist aber Beklagter, der versäumten Lehnsfolge halber, dem hohen Lehnsherren eine Geldbuße von funfzig Reichsthalern zu entrichten, sowohl alle durch diesen Proceß verursachten Unkosten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl in der erneuerten und verbesserten anhaltischen Landesordnung tit XVI. ausdrücklich enthalten, daß alle und jede Lehnleute auf begebende in den Lehnrechten ausgedruckte Fälle die Lehen innerhalb Jahr und Tag suchen, und die, welche die gesammte Hand haben, derselben Renovation zugleich bitten, im widrigen Fall aber, und da jemand ohne erhebliche Ursachen solche Zeit versäumete, derselbe des Lehens und der gesamten Hand verlustig erkannt werden, auch nur allein bey Erbzinßlehnen die Bestrafung nach Befinden Statt haben sollte; Beklagter nun aber, daß die Lutterothische Familie die libellirten Stücke, welche von dem hochfürstlichen Seniorat-Hauße Anhalt als Mannlehn relevirten, besässe, und er, als Familienältester, vor sich und die übrigen Lehnstheilhabere seit dem Jahre 1725 als Lehnträger von höchster Lehnscurie bestätiget, auch in dieser Qualität, auf Abgang der beyden Herren Senioren des fürstlichen Haußes Anhalt, des Fürstens Leopolds, zu Dessau, und des Fürstens August Ludewigs, zu Cöthen, mit sothanen Mannlehnsstücken rechtlicher Ordnung nach beliehen worden sey, und daß er nach Absterben des Herrn Seniors, des Fürstens Victor Friedrichs, zu Anhalt Bernburg, die Lehn auf diesem Fall nicht weiter verfolget, sondern erst nach Verlauf verschiedener Jahre, und nach dem ihm bereits, auf welche Mase er seit dem Ableben des ebengedachten Herrn Seniors, der Lehn an den Anhaltischen Senioratmannlehnstücke gebührliche Folge gethan, darzuthun aufgegeben worden, sich derer vor sich und seine übrige Familie aufhabenden Lehnsverbindlichkeiten wiederum erinnert, und, mit Anerkennung und Eingeständniß seines darunter begangenen Lehnsfehlers, bey dem anitzo ältest regierenden Fürsten Herrn Carl Georg Lebrecht, zu Cöthen, um dessen gnädigste Condonation gebethen habe, fol. act. 32. b seq. eingestanden hat; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d.

D. a. u. d. nach der angezogenen Landesordnung, der Lehnmann nur alsdenn, wenn er binnen der gesetzten Zeit der Lehn ohne erhebliche Ursache keine Folge leistete, des Lehnes verlustig erkläret werden soll; dermalen aber erhebliche Ursachen vorhanden sind, weshalb Beklagter, seines begangenen Lehnsfehlers halber, nicht mit dem Verlust der qu. Mannlehnsstücke zu bestrafen ist, gestalten eines Theils derselbe seit 1756 bis 1763, wegen eingetretenen Krieges, ausserhalb Teutschland fliehen und sich in Petersburg und Koppenhagen bis nach wieder hergestellten Frieden aufhalten müssen; bey welchen durch den Krieg ihm verursachten Zerstreuungen in seinen eigenen Familienangelegenheiten, und daß ihm seine Berufsgeschäfte etliche Jahre lang ausser seiner Vaterstadt, in Homburg an der Höhe aufgehalten und von Besorgung seiner Familienangelegenheiten gänzlich abgezogen, es geschehen, daß ihm der tödliche Hintritt, wie er mit seinem Gewissen zu bestärken sich erbiethet, Ihro Hochfürstlichen Durchlaucht zu Anhalt Bernburg benebst der Devolvirung des Seniorats auf Ihro jetzt regierende Hochfürstliche Durchlauchten zu Anhalt Cöthen, ganz unbekannt geblieben; die Zeit der Lehnssuchung aber erst von Zeit der erlangten Wissenschaft der Lehnsherrlichen Veränderung ihren Anfang nimmt a); und Beklagter, so bald er davon Nachricht erhalten, über den begangenen Lehnsfehler juxt. fol. act. 2 erschrocken und juxt. fol act. 7. um eine Condonation submissest gebethen hat; sowohl obige Umstände von seinen Berufsgeschäften durch die beyden Briefe Ihro Hochfürstlichen Durchlaucht zu Hessen-Homburg fol. act. 68 und 69. nach welchen Beklagter Höchstdieselben in ihrer Jugend in der Mathematik unterrichtet und in der Entfernung die Lehnsveränderung nicht erfahren hat, bewahrheitet werden; auch andern Theils Beklagtem zu Statten kommt, daß zur Erhebung der Lutterothischen Lehnsgefälle und Besorgung der vorkommenden Lehnsangelegenheiten, bey der ebenfalls abwesenden und zerstreueten Lutterothischen Familie, ein Procurator, welcher auch den Auftrag, jeden sich ereignenden Lehnsfall zeitig zu melden, gehabt, in Magdeburg bestellt gewesen, dieser aber so wenig, als sein Nachfolger, der jetzige Receptor, davon etwas berichtet hat; sodann dritten Theils das Versehen des Lehnträgers den übrigen Lehnstheilhabern, welchen wegen der verabsäumten Lehnserneuerung keine Schuld beygemessen werden kann, nicht zum Nachtheil gereichen darf, und selbigen allenfalls dargegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten kommen

 würde;

a) *II. F. 9. cap. 1.*

würde; endlich vierten Theils Kläger, daß Beklagter aus Vorsatz oder gröbster Nachläßigkeit der Lehn gebührende Folge zu leisten unterlassen habe, in seiner Klage nicht anzuführen vermocht; ohne selbige aber ein Vasall seines Lehnes nicht für verlustig erkläret werden kann b); vielmehr die Lehnrechtslehrer einhellig erwähnen, daß die Lehnherren, wenn ein Vasall blos aus Nachläßigkeit die Lehnserneuerung nicht gesucht hätte, diesen Fehler ihm unter einer zuerkannten Geldstrafe zu vergeben pflegten c); Beklagter nun aber durch seine obausgeführten Entschuldigungen nicht alle Nachläßigkeit von sich ablehnen mögen, masen derselbe doch während seiner Abwesenheit um seinen Lehnherren sich bekümmern, und von seinem Procurator dessentwegen Nachricht einziehen, und nicht so viele Jahre, bis daß er seiner Lehnsverbindlichkeit halber erst von der Lehnscanzelley erinnert werden müssen, verstreichen lassen sollen; solchemnach derselbe, wegen seines hierunter begangenen Lehnsfehlers, in Betracht, daß der Benutzungsertrag der qu. Mannlehnsstücke, wie Beklagter solche selbst in Ansatz bringet, nach Abzug der Ausgaben, sich jährlich auf 40 bis 50 Rthl. erstrecket, in eine Geldbuße von 50 Rthl. nicht unbillig zu nehmen, und ihm dargegen sothaner Lehnsfehler zu vergeben ist; er aber auch die Unkosten des Processes, weil solche durch seine eigene Schuld verursachet worden, zu ersetzen hat: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LXXVIII.

Rechtliches Gutachten

nach L** in August 1776.

1. Wenn ehe bey einem Lehngute die Inventarienstücke für Lehn zu halten.
2. Eine adeliche Witbe kann, nach chursächsischen Rechten, wenn sie ihres verstorbenen Gemahls Erbin wird, die ihr in der Ehe- beredung

b) *II. F. 52. c. 3. II. F. 24. pr. II. F. 55. pr. in fin.* STRUV in *synt. jur. feud. cap.* 10. §. 8. *not.* 1. HORN in *jurispr. feud. cap.* 17. §. 17.

c) STRUV in *synt. jur. feud. cap.* 10 §. 9 *num.* 3. HORN in *jurispr. feud. cap.* 17. §. 18. 10. FRID. VOCKEL in *diss. de ommissione renouationis feudalis non dolose facta, hodie et praesertim in Saxonia non sufficiente*, §. 25. 26. 27. WERNHER in *sel. obs. for. tom. III. part.* 1. *obs.* 45. Struben in rechtlichen Bedenken *II* Th. Num. 91.

beredung consentirten Stücke von dem Lehnerben nicht verlangen. Eine Erläuterung der *constit. elect. XXXVII. part. III.*

3. Was und wie viel von eines verstorbenen Lehnmannes seinen hinterlassenen Kleidern zum Heergeräthe zu rechnen ist.

Als uns ein status causae und siebenzehen vidimirte Abschriften von den dabey angezogenen beyliegend zurückfolgenden Urkunden nebst einigen Fragen zugeschickt, u. d. u. Rb. g. w. d. s. w. v. R.

Es hat der Herr Hauptmann C. F. von G** sein Rittergut L**, an Wohn- und andern Gebäuden, und was darinnen Nied- Mauer- und Nagelfeste, benebst denen vorhandenen Gärten, Feldern, Wiesen, Teichen, Gehölzen, Jagden, Gerichten, Lehnwaaren und Zinsen, auch dem Inventario, nichts, es bestehe in Lehn oder Erbe, davon ausgeschlossen, für 25250 Mfl. an seinen ältesten Sohn, den Herrn Obristlieutenant J. C. G. von G** verkauft, und ist dieser Kaufcontract höchsten Orts, aus landesfürstlicher Macht und von Obrigkeits wegen, in allen und jeden Puncten genehmiget und bestätiget worden. Nicht lange darauf hat gedachter Herr Obristlieutenant die Fräulein F. C. gebohrne von B** geheyrathet und mit selbiger nicht nur eine Eheberedung, sondern auch nachhero ein wechselseitiges Testament errichtet. In welchem letztern er gedachte seine Gemahlin zu seiner wahren und alleinigen Erbin seiner ganzen Verlassenschaft dergestalt wissentlich und wohlbedächtig eingesetzet, daß sie, ausser seinem Mannlehngute, als welches den Mitbelehnten zufiehle, sein sämtliches Vermögen, und zwar jetziges und zukünftiges, an beweg- und unbeweglichen, wie auch alle diesfalls zustehende Rechte und Klagen alleine zu haben, behalten, und sich zueigenen, und Niemanden davon, es sey auch wer es sey, etwas herauszugeben, und also weiter nichts, als was seine Begräbnißkosten etwa ausmachen und betragen würden, davon zu verwenden schuldig seyn sollte. Ist hernach mehrerwähnter Herr Obristlieutenant mit Hinterlassung seiner Gemahlin verstorben. Verlangt nun letztere als Testamentserbin ihres verstorbenen Gemahls von dessen Bruder und Lehnerben nicht nur das Inventarium, sondern auch vor das Allodium eine Summe von 3237 Rthl. 12 gl. Sodann fordert auch ebendieselbe 875 Rthl. Ehegeld, 875 Rthl. Gegenvermächtniß, 262 Rthl. zu einer Witbenbehaußung, 175 Rthl. verfallene halbjährige Ehegeld- und Leibgedingszinsen, nicht weniger die einer adelichen Witbe zukommenden fräulichen Gerechtigkeiten, an Gerade, Morgengabe,

gengabe, Mußtheil und dergleichen. Will ihr aber der Lehnerbe dieses alles nicht zugestehen, und ist auch sonst zwischen ihnen wegen des Heergeräthes, in Ansehung des Verstorbenen seiner Kleider, eine Uneinigkeit. Wird dahero gefraget:

1) Ob die Frau Witbe des verstorbenen Herrn Obristlieutenants J. C. G. von G**, das Allodium und Inventarium nach dem reciprocirlichen Testamente zu verlangen, berechtiget sey?

2) Ob der Lehnserbe beregtes Ehegeld, Gegenvermächtniß, Witbenbehausungsgeld, Ehegelds- und Leibgedingszinsen, nicht weniger die einer adelichen Witbe zukommenden fräulichen Gerechtigkeiten, an Gerade, Morgengabe, Mußtheil und dergleichen, der Frau Witbe des verstorbenen Herrn Obristlieutenants von G**, nach chursächsischen Rechten, zu bezahlen schuldig?

3) Ob des Verstorbenen sämmtliche alltäglich getragene Kleider, so nicht bordiret sind, oder nur ein Kleid, an Rock, Weste und Hosen, jedoch das Beste nach dem Besten, unter das Heergeräthe gehöre?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, der Herr Obristlieutenant von G** mit dem Ritterqute L** zugleich das Inventarium und das Erbe von seinem Herrn Vater käuflich an sich gebracht hat, und dieser Kaufcontract höchsten Orts, aus landesfürstlicher Macht und von Obrigkeits wegen, in allen und jeden Puncten genehmiget und bestätiget worden ist; solchemnach die Allodien und das Inventarium mit zum Lehne geschlagen und gedachter Käufer damit, als zum Lehn gehörigen Stücken, beliehen zu seyn scheinet; folgbar, da solchergestalt unter dieser Infeudation die Allodien und das Inventarium mit begriffen, selbige von dem Lehne nicht getrennt und zum Erbe gemacht werden mögen; bevorab da den Rechten nach ein Rittergut als ein fundus instructus zu vermuthen, ein fundus instructus aber nicht ohne Inventarium seyn kann, sondern dieses einen Theil desselben, oder das Gut mit seiner völligen Einrichtung ausmacht d); mithin, daß die Frau Witbe des verstorbenen Herrn Obristlieutenants J. C. G. von G** das Allodium und Inventarium nach

d) *l.* 12. §. 27, 28, 31, seq. *D. de instructo vel instrumento legato.* LAUTERBACH in *coll. pract. lib.* 33. *tit.* 7. §. 3.

nach dem reciprocirlichen Testamente zu verlangen nicht berechtiget sey, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. die Frau Wittib des verstorbenen Herrn Obristlieutenants von S**, nach dem reciprocirlichen Testamente, dessen sämmtliches Vermögen, ausser seinem Mannlehngute, als seine wahre und alleinige Erbin überkommen soll; zu dem Mannlehngute aber die Allodien und das Inventarium nicht gehören, gestalten dieses beydes gedachter Frau Wittib ihr Herr Gemahl von seinem Herrn Vater nicht als Lehn, sondern als Allodien und Inventarium bey dem Lehngute L** mit verkauft hat; dahero denn auch bey der obrigkeitlichen Bestätigung dieses Kaufcontracts, da ohnehin eine Bestätigung nichts neues macht, sondern das Abgehandelte nur in der Mase, als es abgehandelt worden, bekräftiget, sothane Allodien und Inventarium bey dem Gute L** keinesweges in Lehn verwandelt worden sind; mithin denn auch, daß die Allodien und das Inventarium bey dem Gute L** durch sothanen confirmirten Kaufcontract dergestalt mit zu dem Lehngute L** geschlagen worden, daß der Käufer damit als Lehnspertinenzstücken beliehen worden, sich mit Bestande Rechtens nicht behaupten läst, gestalten weder aus der Confirmation des Kaufcontracts sub num. 3. noch aus dem was dermalen beyde Theile, nämlich die Wittib und der Lehnsfolger, dieserhalb in Schriften gegen einander abgehandelt, sich in mindesten abnehmen läst, daß der Käufer die quästionirten Allodien und das Inventarium dem Lehnherren zu Lehn aufgetragen und ein Oberlehnseigenthum über selbige in der Mase, daß er sich auch mit selbigen als Lehnssachen beleihen lassen, anerkannt habe; ohne ein getheiltes Lehnseigenthum aber sich keine Lehnssache gedenken läst; so wenig Erbstücke dadurch, daß sie mit dem Lehne zugleich erkauft oder bey dem Lehngute besessen worden, die Lehnsqualität erhalten, vielmehr man bey einem Lehne viele Jahre hindurch Allodien besitzen kann, ohne daß selbige deshalb für Lehnspertinentien zu halten sind e); und, Falls nicht der Lehnherr dergleichen Allodien ausdrücklich mit Zufriedenheit des Lehnmannes als Lehn mit conferiret hat, welches jedoch in dem vorliegendem Falle sich nicht findet, im Zweifel eine Sache nicht für feudal, sondern für allodial vermuthet wird f); und diese Vermuthung auch in chur-

e) HORN in *iurispr. feud. cap.* 2. §. 3. und 6. ingleichen *cap.* 6. §. 9. am Ende.

f) CARPZOV in *iurisprud. for. part.* 1. *const.* 27. *def.* 7.

chursächsischen Rechten g) ausdrücklich bestätiget worden ist, daß nämlich bey einfallenden Zweifel und Streit zwischen den Agnaten und Töchtern, folgbar auch zwischen den Lehnsfolger und Allodialerben, das Stück Gut, wofern der Agnat, oder Lehnsfolger, nicht in continenti, daß es Lehn sey, bescheinigen kann, nicht allein vor Erbe gehalten, sondern auch denen Töchtern oder Allodialerben vor den Agnaten oder Lehnsfolger die Posseß desselben eingeräumet, sie darinne so lange, bis der Lehnsfolger ein anderes, wie recht genugsam, ordentlicher Weise ausgeführet, geruhig geschützet und gelassen werden solle; überdem auch ein Lehngut instruiret seyn kann, obgleich die Instruction aus keinen Lehn- sondern Allodialstücken bestehet, und das Inventarium nicht zu den Pertinenzstücken eines Gutes gehöret h); solchemnach auch die Allodien und das Inventarium dadurch, daß selbige, nach der Absicht des Vasallens, bey dem Lehne bleiben sollen, ohne besondere Lehnsinvestitur die Natur und Eigenschaft des Erbes nicht verliehren i); und also gleichergestalt in dermaligem Falle die Allodien und das Inventarium, wenn auch gleich beydes dem Lehngute L** incorporiret worden seyn sollte, wie gleichwohl aus den mitüberschickten Urkunden nicht zu ersehen, die Qualität des Erbes behalten haben; worüber dahero der verstorbene Herr Obristlieutenant J. C. G. von G** gar wohl disponiren, und selbige in dem reciprocirlichem Testamente dadurch, daß er seine Frau Gemahlin zum Erben seiner ganzen Verlassenschaft eingesetzet, dieser zuwenden mögen, bevorab da nirgendswo in dem brüderlichen Erbvergleiche die Disposition über die Allodialverlassenschaft eingeschränkt und untersaget worden ist: **So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die Frau Witbe des verstorbenen Herrn Obristlieutenants J. C. G. von G**, das Allodium und Inventarium nach dem reciprocirlichen Testamente zu verlangen, berechtiget sey.**

Hiernächst die zwote Frage betreffend, obwohl 1) der Frau Witbe des verstorbenen Herrn Obristlieutenants von G** die quästionirten Stücke in der Eheberedung mit Einwilligung ihres Herrn Gemahls beyder Brüder und der Mitbelehnten, wie auch darauf erfolgten lehnsherrlichen Consens auf das ihr dafür unterpfändlich verschriebene Gut L** sind

g) *Decis. elect.* 37. *D. de supell. legat.* LEYSER *spec.* 26. *med.* 6.

h) *l.* 17. *pr. D. de act. emt. vend. l.* 14.

i) CARPZOV *part.* 3. *const.* 30. *def.* 12.

sind zugesichert worden; 2) ihr Gemahl, nach dem reciprocirlichen Testamente, die Absicht, ihr seine Allodialverlassenschaft zu gönnen und zuzuwenden, ohne hiedurch die Eheberedung aufzuheben und ihr die weiblichen Gerechtigkeiten zu entziehen, gehabt zu haben scheinet; masen derselbe erst etliche Jahre nach Errichtung sothanes Testaments die Confirmation und den Lehnsherrlichen Consens über die Ehestiftung ausgewürket hat; 3) eine adeliche Witbe, bey einer von ihrem Manne geschehenen Schenkung auf den Todesfall, nicht nur diese, sondern auch zugleich die fräulichen Gerechtigkeiten fordern kann k); das angezogene reciprocirliche Testament aber, wegen der dabey geschehenen Acceptation, mehr für eine remuneratorische Schenkung auf den Todesfall, als für ein Testament zu halten seyn möchte; auch 4) eine adeliche Witbe mit demjenigen, was ihr im Testamente von ihrem Manne vermacht worden, zugleich das Leibgedinge und die fräulichen Gerechtigkeiten, oder was ihr sonst in den Ehepacten ausgesetzet worden, zu verlangen berechtiget ist l); dahero auch dermalen dasjenige, was ihr in der Eheberedung ausgesetzt worden, mit der ihr in dem reciprocirlichem Testamente zugewendeten sämmtlichen Verlassenschaft um so mehr beysammen zu lassen seyn möchte, als 5) ihrem Gemahl, wenn sie vor ihm verstorben, ein gleiches Recht, in dem nämlichen ihren Nachlaß des Eingebrachten und übrigen Vermögens zu succediren, zugestanden hätte; und sie also kein geringeres Recht, als ihr Gemahl, haben und nicht schlimmerer Condition seyn dürfe; mithin, daß ihr sothane Stücke der Lehnerbe zu bezahlen schuldig sey, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. ad 1) in der Constit. elect. XXXVII. part. III. folgendes: da irgend aus Gewohnheit, oder aber aus des Mannes Testament eine Frau von Rittersart etwas von Erbe nimmt, so kann sie Gerade, Mußtheil, Morgengabe und Leibgedinge nicht haben, jedoch stehet ihr frey, sich des Erbes zu begeben, und ihrer fräulichen Gerechtigkeit zu gebrauchen, es wäre denn in der Ehestiftung oder sonsten anders abgeredet und verglichen: ausdrücklich verordnet worden ist; solchemnach eine adeliche Witbe schon alsdenn, wenn sie nur zum Theil ihres Mannes Erbe wird, weder die Gerade, Mußtheil, Morgengabe, noch auch das Leibgedinge fordern kann, woferne nicht in

k) CARPZOV *part.* 3. *const.* 37. *def.* 7. und *part.* 3. *const.* 20. *def.* 5.
l) CARPZOV *part.* 3. *const.* 37. *def.* 9.

in der Ehestiftung oder sonst ein anderes abgeredet und verglichen worden, daß man nämlich in der Eheberedung ausdrücklich ausgemacht, daß sie nebst der statutarischen Portion auch die in der Ehestiftung bestimmten Stücke und fräulichen Gerechtigkeiten haben sollte, oder, daß dieses zugleich zu fordern, durch besondere Gewohnheiten des Landes oder Ortes, wo der Fall vorkomt, eingeführt seyn sollte m); dermalen nun aber die Witbe aus dem reciprocirlichen Testamente, so sie mit ihrem Gemahl errichtet, so gar dessen alleinige Erbin seyn will; und ob zwar ad 2) auch selbst vorstehende chursächsische Constitution verstattet, daß dieserhalb in der Ehestiftung oder sonst ein anderes abgeredet und verglichen werden, folgbar die Provision des Menschens die Provision des Gesetzes aufheben könnte, solche Verabredung jedoch in dermaligem Falle nicht geschehen ist, indem weder in der Eheberedung, daß die Witbe nebst denen ihr darinne ausgesetzten Stücken auch zugleich ihres Gemahls sämmtliche Allodialverlassenschaft erben, oder daß sie die quästionirten Stücke auch auf den Fall, da sie dereinsten ihres Gemahls alleinige Erbin werden würde, zugleich erhalten sollte, noch auch in dem reciprocirlichen Testamente, daß sie nebst der Beerbung ihres Gemahls auch die ihr in der Eheberedung bereits ausgesetzten Stücke zugleich überkommen sollte, bestimt worden ist; welche Bestimmung aber, wenn ihr Gemahl, ihr beydes zuzuwenden, die Absicht gehabt, wegen der sonst Platz greifenden Verordnung sothaner chursächsischen Constitution, hätte geschehen sollen; und da solche unterblieben, dieser Constitution nunmehro, da zumahl die Witbe dieserhalb ein dasiger Orten ihr zu statten kommendes Gewohnheitsrecht anzuführen nicht vermocht, um so viel mehr in dermaligem Falle nachzugehen ist, als ihr Gemahl auch bey der erst nach dem reciprocirlichen Testamente gesuchten Confirmation der Eheberedung dieses, daß er seiner Gemahlin auch auf den Fall, da sie seine Allodialerbin seyn würde, die ihr in der Eheberedung benannten Stücke zugleich zugewendet haben wolle, nicht zu erkennen gegeben hat; und obgleich ad 3) und 4) nicht zu leugnen, daß, wenn ein Ehemann seiner Ehefrau, wie Carpzov in den angezogenen Stellen behauptet, mit besonderm Titul etwas, es sey ein Vermächtniß oder eine demselben gleichzuschätzende Schenkung auf den Todesfall, zuwendet, sie dieses sodann nebst demjenigen, was ihr in der Eheberedung ausgesetzt worden, zugleich verlangen kann, masen gedachte Constitution nur von dem Falle, da etwas mit universellem Titul auf die Frau gelanget, disponiret, und dahero diese Constitution nicht auf dasjenige

m) CARPZOV *part.* 3. *constit.* 37. *def.* 7.

jenige, was einer Frau unter besondern Titul hinterlassen wird, erstreckt werden darf, dennoch in dermaligem Falle die Witbe, Innhalts des reciprocirlichen Testaments, ihres verstorbenen Gemahls sämmtliche Verlassenschaft als alleinige Erbin und also mit universellem Titul überkommen soll; solchemnach sie als Erbin nicht zugleich die Eheberedungsstücke bekommen kann; in mehrern Betracht, daß oftenwähntes reciprocirliches Testament weder ein wechselseitiger Erbfolgsvertrag, noch eine remuneratorische Schenkung auf den Todesfall, sondern ganz unleugbar ein reciprocirliches Testament zu nennen ist, indem, eines Theils, beyde Ehegatten, nämlich Herr J. C. G. von G** und Frau C. F. von G**, gebohrne von B**, sich ein ander zu ihren wahren und alleinigen Erben ihrer ganzen Verlassenschaft titulo honorabili eingesetzt, andern Theils, selbige sothane Disposition nicht nur eine letzte Willensverordnung, sondern auch ausdrücklich ein *testamentum reciprocum* genannt, und auf allen Seiten mit den vorausgesetzten Worten: dieses ist unser letzter Wille: unterschrieben, und am Ende die Clausul: daß daferne dieser unser letzter Wille nicht als ein zierliches *testamentum reciprocum* bestehen sollte, dennoch selbiger als ein Codicill, *donatio reciproca et remuneratoria mortis causa* oder anderer letzter Wille auf die beste Art und Weise kräftig, gültig seyn und bestehen solle: hinzugefüget haben; ein letzter Wille aber, seinem Wesen nach, keine Acceptation unter den Lebendigen gestattet; dahero denn auch von Seiten Herrn J. C. G. von G** in dieser Disposition keine Acceptation zu befinden, und Frau C. F. von G** dieselbe nicht als eine unter den Lebendigen mittelst Vertrages errichtete Verordnung, sondern nur als einen letzten Willen acceptiret hat, masen es ausdrücklich mit den Worten: Wie nun ich, C. F. von G**, gebohrne von B**, dieses meines lieben Gemahls J. C. G. von G** letzten Willen und wohlmeinende erbliche Einsetzung meiner Person in seine Verlassenschaft, so er mir hierdurch gegönnet, mit allen Dank erkenne und annehme — — — — geschehen ist; durch welche Annahme die Frau von G** blos ihr dankbares Gemüth, ohne daß dadurch der letzte Wille in einen Vertrag verwandelt werden mögen, zu erkennen gegeben hat; hingegen ad 5) ihr Gemahl, wenn er sie überlebet und ihr Erbe aus diesem reciprocirlichem Testamente geworden, auch ohne dasselbe und ohne die Eheberedung ihren Mobiliarnachlaß, schon den Gesetzen nach, bekommen haben würde; und dahero zwischen ihr und ihm hier keine gleiche Rechte eintreten mögen; solchemnach die dermalige Witbe nur alsdenn, wenn sie, ihres verstorbenen Gemahls Erbe nicht seyn zu

 wollen,

wollen, sich erkläret, diese Stücke zu fordern berechtiget ist: So sind wir der in Rechten gegründeten Meinung, daß der Lehnerbe beregtes Ehegeld, Gegenvermächtniß, Witbenbehausungsgeld, Ehegelds- und Leibgedingszinsen, die einer adelichen Witbe zukommenden fräulichen Gerechtigkeiten, an Gerade, Morgengabe, Mußtheil und dergleichen, der Frau Wittib des verstorbenen Herrn Obristlieutenants von G**, nach chursächsischen Rechten, nur alsdenn, wenn sie, ihres verstorbenen Gemahls Erbe nicht seyn zu wollen, sich erkläret, zu bezahlen schuldig sey.

Endlich obwohl, in Ansehung der dritten Frage, nach dem sächsischen Landrechte lib I. art. 22. womit auch das sächsische Weichbild art. 25 übereinstimmet, zu dem Heergeräthe oder Heergewette auch die täglichen Mannskleider gehören; welche also ohne Unterschied, sie seyn bordiret, oder nicht bordiret, in der mehrern Zahl ausgedruckt worden sind; mithin, daß des Verstorbenen sämmtliche alltäglich getragene Kleider, sie seyn bordiret, oder nicht bordiret, unter das Heergewette gehörten, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. in dem angezogenen sächsischen Landrechte und Weichbilde die übrigen Stücke des Heergeräthes nur in der einfachen Zahl, als, das beste Pferd, der beste Harnisch, ein Bette, ein Küssen u. s. f. angedeutet werden; man auch nicht mit vielen und geputzten Kleidern zu Felde ziehet; darunter doch aber auch bordirte seyn können; so wohl überhaupt die Succeßion in das Heergeräthe als eine von den gemeinen Rechten abweichende Succeßion eingeschränkt auszulegen ist; dahero unter täglichen Kleidern nur alle Kleidungsstücke, welche ein einziges vollkommenes Kleid, nämlich nur einen Rock, Weste und Hosen, und von diesen Kleidungsstücken nur solche, welche dem Besten am nächsten sind, ausmachen, zu verstehen sind n): So ist unsere rechtliche Meinung, daß, wo ferne dasiger Orten durch Statuten oder Gewohnheiten nicht ein anderes eingeführt ist, unter des Verstorbenen Heergeräthe nicht dessen nachgelassene sämmtliche alltäglich getragene Kleider, sondern von selbigen nur ein Kleid, an Rock, Weste und Hosen, es sey bordiret oder nicht bordiret, jedoch nur das Beste nach dem Besten, gehöre. V. R. W.

Vier-

n) Barth von der Gerade, Cap. 8. *observ.* 438. voc. Kleider. §.14. S. 764. HOMMEL in *raphsod. quaest.*

Vierter Abschnitt
von
Civilprocesse

Vierter Abschnitt
von
Civilprocesse

LXXVIIII.
Von dem Gerichtsstande des Contracts.

§. 1.

Der Gerichtsstand des Contracts (forum contractus) ist derjenige Ort der Gerichtsbarkeit, welchen der Beklagte nicht da, wo er wohnet, sondern an demjenigen Orte hat, woselbst die Erfüllung des Contracts geschehen muß a). Dahero kann bey diesem Gerichte nicht auf die Aufhebung des Contracts geklaget, und also auch keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden b). Es giebt zwar einige c), welche das Gegentheil behaupten, und zum Grunde anführen,

a) *l.* 19. *l.* 20. *D. de indic. l.* 3. *D. de reb. auct. ind. poss. l.* 21. *D. de obligat. et act. Nov.* 69. *cap.* 1.

b) *l.* 2. *C. vbi et apud quem cogn. in integr. rest.* LAVTERBACH *in coll. pract. lib.* 5. *tit.* 1. §. 49. BERGER *in oec. iur. lib.* 4. *tit.* 4. §. 2. *not.* 2.

c) CARPZOV *lib.* 2. *resp.* 29. *num.* 10. *seq.*

Xx x

führen, weil auch die Klage, so aus einem Contracte entspringete, nicht selten auf dessen Wiederaufhebung angestellet werden könnte. Nun ist dieser Satz zwar an und vor sich richtig d), allein er giebt keinen Grund ab, daß deshalb auch die den Contract aufhebende Klagen in dem Gerichtsstande des Contracts betrieben werden könnten. Denn das widerspricht dem Wesen dieses Gerichtsstandes, weil hier die Erfüllung des Contracts gesucht wird. Man darf einen speciellen Gerichtsstand, indem er eine Ausnahme macht, nicht auf andere Fälle erstrecken, als derentwegen die Gesetze denselben eingeführet habe. Am allerwenigsten darf es bey solchen Fällen geschehen, welche den gesetzlichen Fällen gerade entgegen sind. Dahero die Rescissorienklagen müssen in dem Wohnungsgerichtsstande angestellet werden.

§. 2.

Bey dem Gerichtsstande des Contracts muß der Beklagte an dem Orte, wo er belanget wird, nicht wohnhaft seyn (§. 1). Denn hat er daselbst seinen Wohnsitz, so entstehet daraus der **generelle** oder **Wohnungsgerichtsstand** (forum generale seu forum domicilii) Welcher sich auf alle und jede strittige Sachen erstrecket. Folgbar wo alle Klagen, sowohl die Präjudicial- als Nichtpräjudicialklagen, diese seyn dinglich oder persönlich, sie betreffen die Erfüllung oder Aufhebung der Verbindlichkeit e) angestellet werden können, und zwar wider alle und jede Personen, in allen und jeden Sachen, woferne selbige, nämlich die Personen oder Sachen, nicht einen befreyeten Gerichtsstand haben. Welches aber in zweifelhaftem Falle bewiesen werden muß, indem der Ort des Wohnsitzes so lange für einen competenten Gerichtsort zu halten, bis man die Befreyung darthut f).

§. 3.

Ferner, weil der Wohnungsgerichtsstand, sich auf alle und jede strittigen Sachen erstrecket (§. 2), so concurriret er auch mit dem **speciellen Gerichtsstande**, der nämlich nur auf gewisse strittige Sachen

seq. und FRANCKIUS *lib.* 3. *resp.* II. *num.* 3. *et* 4. IAC. HENR. FLEISCHMANNI diss. *de foro contractus in actionibus contractus rescindentibus competente.* Giess. 1751.

d) Siehe mein praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 609. *not.* h). Jena 1774.

e) *l.* 27. *D. de condict. in deb. l.* 14. §. 4. *C. de non num. pec.* MARTINI *comment. for. in tit. XI.* §. 2. *num.* 161.

f) WERNHER in *sel. obs. for. tom. II. part.* 10. *obs.* 453.

Sachen eingeschränkt ist, electivisch. Das ist, die Sachen, derentwegen man sonst in einem speciellen Gerichtsstande klagen kann, und wohin unter andern der Gerichtsstand des Contracts mit gehöret, die können auch, der Regul nach, in dem Wohnungsgerichtsstande abgehandelt werden g). Denn dadurch, daß die Rechte den speciellen Gerichtsstand eingeführet, haben sie den generellen oder Wohnungsgerichtsstand nicht aufgehoben, sondern sie haben den speciellen Gerichtsstand nur ausser dem generellen Gerichtsstande angeordnet, daß der Kläger die Wahl hat, ob er den Beklagten, nachdem er sich solches für zuträglich hält, in jenem oder in diesem belangen will. Der Beklagte kann hier dem Kläger nicht vorschreiben, wo er ihn belangen sollte h). Ja er muß sich auch den von dem Kläger erwählten Gerichtsstand des Contracts gefallen lassen, ob er gleich ausserdem einen befreyeten Gerichtsstand haben sollte i).

§. 4.

Den Gerichtsstand des Contracts hat der Beklagte an dem Orte, woselbst die Erfüllung des Contractes geschehen muß (§. 1). Und zwar mag er zur Zeit des errichteten Contracts an dem Orte, wo der Contract geschlossen worden, seinen Wohnsitz gehabt, oder nicht gehabt haben k). Der Contract mag in einem eigentlichen oder uneigentlichen Contracte (contractu vero vel quasi) bestehen, und jener mag einen benahmten oder unbenahmten Contract (contractum nominatum vel innominatum) ausmachen l). Nun ist aber der Ort, woselbst die Erfüllung des Contracts geschehen soll, entweder von den Contrahenten ausdrücklich verabredet worden, oder nicht. Im ersten Fall ist alsdenn sothaner Ort der Gerichtsstand des Contracts m), es mag dieser Ort ganz genau, oder überhaupt in der Mase ausgedruckt worden seyn, daß Kläger den Beklagten vor einem jeglichen Richter, es sey vor welchem es wolle, der Forderung halber zu belangen befugt seyn sollte n). Genug, daß an

g) *l.* 19. §. 4. *D. de iudiciis.*

h) *l.* 19. §. 1. *D. de iudic.* wo es heist: *ibi se debebit defendere.* Ferner *l.* 52. §. 3. *D. eod.* ZANGER de *exc. cap.* 1. *part.* 2. *num.* 204 u. f.

i) *l.* 19. *pr. D. de iudic.* ZANGER *l. c. num.* 123. LEYSER *spec.* 73. *med.* 5. 6. HOMMEL in *rapsod. obs.* 65.

k) *l.* 19. §. 1. *D. de iudiciis. l.* 2. *C. de iurisd.*

l) *l.* 19. §. 1. 2. *l.* 20. 26. 28. 45. *D. de iudiciis.*

m) *l.* 21. *D. de obligat. et action. l.* 3. *D. de reb. auct. iud. poss. l.* 9. *D. de eo quod certo loco.*

n) BRUNNEMANN *ad l.* 20. *D. de obligat.*

an dem Orte, wo geklaget wird, dem Richter in dergleichen Sache, weshalb geklaget wird, eine Gerichtsbarkeit zuständig ist. Sollten also mehrere Richter an dem Orte seyn, so haben sie in der Sache entweder eine concurrente Gerichtsbarkeit, oder nicht. Wäre das erste, so hat der Kläger die Wahl, bey welchem Richter er seine Klage anbringen will. Wäre das zweyte, so muß er sich an denjenigen Richter wenden, welchem in dergleichen Sachen eine Gerichtsbarkeit zuständig ist.

§. 5.

Stellen wir uns aber den andern Fall vor, da nämlich die Contrahenten wegen des Ortes, woselbst die Erfüllung des Contracts geschehen soll, keine ausdrückliche Abrede genommen haben (§. 4), so macht, woferne nicht aus den Umständen ein anders abzunehmen, derjenige Ort den Gerichtsstand des Contracts aus, woselbst der Contract zu seiner Vollkommenheit gediehen ist o). Denn da ist er auch, weil die Contrahenten wegen eines andern Ortes weder ausdrücklich, noch stillschweigend einig geworden, daselbst zu erfüllen. Hingegen sollte sich aus den Umständen veroffenbaren, daß die Contrahenten stillschweigend die Erfüllung des Contracts nicht an dem Orte, wo der Contract geschlossen worden, zur Absicht gehabt, so muß alsdenn der Versprecher an seinem Wohnungsorte belanget werden. Dahin gehört, wenn man mit einem Durchreisenden, oder Vorüberfahrenden, Vorüberschiffenden auf Glauben contrahiret, daß man ihm nämlich wegen der Erfüllung des Contractes Nachsicht giebet. Als in welchem Falle man ihm seine Güter an dem Orte wo der Contract errichtet worden, unter dem Vorwande, daß er erst dem Contracte ein Genüge zu leisten habe, nicht aufhalten kann, sondern da er deshalb an seinem Wohnungsorte belanget werden muß p). Ganz anders wäre es wenn man mit dem Fremdling nicht auf Credit gehandelt, sondern, daß die Bezahlung gleich geschehe, verlanget hätte. In welchem Falle er auch gleich diesen Ort des Contracts für seinen Gerichtsstand anerkennen muß, und wider ihn, da er noch gegenwärtig ist, zur Sicherstellung des Gerichtsstandes, mit Arrest in Ansehung seiner Person oder Güter verfahren werden kann q). Wie denn auch alsdenn, wenn er

gat. et action. CARPZOV. *part.* 3. *decis.* 216. STRYK *de caut. contr. sect.* 1. *cap.* 5. §. 19.

o) *l.* 19. §. 2. *D. de indiciis l.* 3. *D. de reb. auct. iud. possid.*

p) *l.* 19. §. 2. *D. de iudiciis.* WERNHER *part.* 8. *obs.* 304.

q) FRANCKIUS in *resolut. lib.* 3. *resol.* 11. *num.*

er bey seiner Wiederkunft sein Versprechen zu erfüllen angelobet hätte, auf gleiche Art bey seiner Wiederkunft, in Nichtzahlungsfall, wider ihn verfahren werden kann. Denn da ist durch jenes Versprechen dieser Ort des Contracts zum Gerichtsstande bestimmt worden (§. 4).

§. 6.

Soll nun aber der Ort, woselbst der Contract zu seiner Vollkommenheit gediehen, den Ort des Gerichtsstandes ausmachen (§. 5), so ist nöthig, daß der Contract nicht nur nach demjenigen, was die gemeinen Rechte, sondern auch was die Landesgesetze oder Gewohnheiten des Ortes, wo man den Contract errichtet hat, bey selbigem zu seiner völligen Verbindlichkeit erfordern, oder auch selbst die Contrahenten verabredet haben, gänzlich abgeschlossen worden sey. Denn wenn ein Contract noch keine verbindliche Kraft Rechtens beschritten, so kann man auch den Andern daraus noch nicht zu dessen Erfüllung belangen, wie doch gleichwohl in dem Gerichtsorte des Contracts geschehen soll (§. 1). Wenn dahero der Contract, nach der Contrahenten Abrede, schriftlich zu Stande gebracht werden soll, so müssen die Contrahenten denselben erst beyde unterschrieben haben, und ist alsdenn der Ort des Contracts derjenige, wo von beyden Theilen die Unterschrift geschehen ist r). Wird durch Briefe unter Abwesenden contrahiret, so ist an dem Orte der Gerichtsstand des Contracts, woselbst zuletzt durch die Annahme des Andern seiner schriftlichen Acceptation der Contract zur Richtigkeit gekommen s). So nun auch nach den teutschen Rechten ist bey der Veräusserung unbeweglicher Güter erforderlich, daß die gerichtliche Auflassung des Eigenthums vor derjenigen Obrigkeit, unter welcher die Güter gelegen sind, geschehe t). Dahero ist der Contract, wodurch man das Eigenthum eines Grund-

 stückes

11. *num.* 20. HELLFELD in *opusc. VI.* §. 28. 29. Siehe auch MEVIUS *part.* 1. *decis.* 239.

r) *l.* 17. *C. de fide instrum.* CARPZOV in *resp. l.* 2. *resp.* 29. *num.* 8.

s) arg. *l.* 55. *D. de oblig. et act.* SCHOEPFER in *synopsi iur. rom. lib.* 5. *tit.* 1. *num.* 36. Siehe auch meine *instit. iur. civ.* §. 1007.

t) Sächsisch Landrecht *lib.* 1. *art.* 8. und 59. Weichbild *art.* 20. Schwabenspiegel *art.* 308. Lübeckische Recht, *part.* 3. *tit.* 6. *art.* 1. *Decis. Elect. sax.* 61. CARPZOV *part.* 2. *const.* 39. *def.* 35. und *lib.* 1. *resp.* 102. *num.* 7. *seq.* ingleichen *lib.* 5. *resp.* 40. *num.* 13. und *resp.* 41. *num.* 7. Ferner *part.* 2. *decis* 127. STRYK in *usu mod. lib.* 19. *tit.* 1. §. 9. LEYSER *spec.* 446. *med.* 1 et *cor.* 1. ENGAU *part.* 1. *decis.* 282. *num.* 2. und *part.* 1. *decis.* 423. *num.* 5.

stückes auf den andern bringen will, als z. E. der Kaufcontract, nicht eher für völlig geschlossen zu achten, daß das Eigenthum auf den Käufer nicht eher übergehet, und also auch der Käufer das Kaufgeld nicht eher zu bezahlen braucht, als bis die gerichtliche Auflassung erfolget ist, und die Gerichte den Contract bestätiget haben u). Folgbar ist auch, nach den teutschen Rechten, bey einem solchen Veräusserungscontracte vor denjenigen Gerichten, unter welchen das Grundstück gelegen, und die also auch den Contract bestätiget haben, der Gerichtsstand des Contracts, obgleich die Contrahenten wegen des Verkaufs anderwärts völlig einig geworden seyn sollten, und also nach den gemeinen oder römischen Rechte daselbst der Gerichtsstand des Contractes seyn würde x). Wiewohl nicht ausser Acht zu lassen, daß jene gerichtlich bestätigte Auflassung des Eigenthums nicht mit andern gerichtlichen Bestätigungen solcher Contracte, welche schon ohne selbige gültig sind, verwechselt werden darf. Denn da ist die gerichtliche Bestätigung nicht nothwendig, sondern nur nützlich, damit der Contract durch selbige einen öffentlichen Glauben erhalte. Dahero ändern denn auch solche gerichtliche Bestätigungen keinesweges den Gerichtsstand des Contracts y). Es kann also an dem Orte, wo dergleichen gerichtliche Bestätigung geschehen, der Contrahent, wenn er daselbst den Contract weder geschlossen, noch zu erfüllen versprochen, nicht belanget werden. So wie wir dieses auch bey einem constituto debiti proprii antreffen, da der Constituent nicht an dem Orte, wo er constituiret, sondern wo er seine Verbindlichkeit zu erfüllen gehabt, belanget werden muß z).

§. 7.

In dem Gerichtsstande des Contracts wird wider den Beklagten auf die Erfüllung seiner Verbindlichkeit geklaget (§. 1). Hierbey ist nun aber nöthig, daß der Beklagte, weil niemand ungehört zu verdammen, gehörig vorgeladen werde. Da denn zu erwägen ist, ob der Beklagte an dem Orte, wo er den Contract zu erfüllen hat, gegenwärtig ist, oder nicht. Im ersten Fall kann ihn der Richter dieses Orts die Citation unmittelbar

u) BRUNNEMANN ad *l.* 19. *D. de iudic. num.* 18. de SELCHOV in *elem. iur. germ.* §. 551.

x) *pr. I. de emt. et vend.*

y) MARTINI *comment. foren.* in *tit. XI.* §. 2. *num.* 135. u. f.

z) *l.* 8. *D. de iudiciis* GAIL *lib.* II. *obs.* 1. *num.* 4. HILLIGER in *Donello enucl. lib.* 17. *cap.* 14. *not.* D.

telbar zustellen lassen, weil er in der Sache der competente Richter des Beklagtens ist, und dieser sich in seinem Gerichtsbezirke befindet. Dahero denn auch dieser Beklagte, nach solcher ihm zugestellten Citation, alsbald des Ortes dingpflichtig gemacht wird a). Es stehet hierbey nicht im Wege, daß sich der Beklagte mit der illiquiden Einrede des nicht geschlossenen Contracts, welchen doch der Kläger wahrscheinlich dargethan, zur Ablehnung des Gerichtsstandes schützen wollte b). Wie denn auch nicht hinderlich ist, der Beklagte mag sich eine Zeitlang daselbst aufhalten, oder nur in einer Durchreise begriffen seyn c), genug daß er in diesem letzten Falle nicht wegen des erst geschlossenen Contracts belanget wird (§. 5) d). Es kann auch wider ein solchen Schuldner, der die Citation bereits von solchem Richter freywillig angenommen e), zur Sicherheit des Gerichtsstandes mit Real- oder Personalarrest verfahren werden (§. 5). Wovon er nur durch die Caution, dem rechtskräftigen Erkänntnisse ein Genüge zu leisten und sich vor Gericht zu stellen, wiederum frey werden kann f), ob er gleich einen befreyeten Gerichtsstand anderwärts erlanget haben, oder unter der Gerichtsbarkeit dessen, so mit dem Begnadigungsbrief seiner nicht vor ein fremdes Gericht zu ziehenden Unterthanen (privilegio de non euocando) versehen ist, wohnen sollte g). Nachhero sind die

a) BERGER in *oecon. iur. lib.* 4. *tit.* 4. §. 2. *not.* 1. wie dieses auch in der Frankfurtischen Reformation *part.* 1. *tit.* 11. §. 1. enthalten.

b) LEYSER *spec.* 73. *med.* 2.

c) *c.* 1. §. 3. *de foro compet. in* 6to. Vermöge der allgemeinen Worte: *nisi inueniantur ibidem.*

d) Denn hiervon redet der *l.* 19. §. 2. *D. de iudiciis* in den Worten: Nunquid dicimus, eum, qui a mercatore quid comparauit aduena, vel ei vendidit, *quem scit inde confestim profecturum*, non oportet ibi bona possidere, sed domicilium sequi ejus. Es ist dahero irrig, wenn einige, als ZANGER *de except. cap.* 1. *part.* 2. *num.* 118. und 119. ingleichen CARPZOV *lib. II. resp.* 30. *num.* 6. nach dieser Stelle des Gesetzes dafür halten, daß ein jeder Fremdling, welcher den Ort gleich wieder verlassen wollte, daselbst nicht belanget werden könnte, ob er gleich ehedem an diesem Orte contrahiret und seine Verbindlichkeit noch nicht erfüllet hätte. HILLIGER in *Donello enucl. lib.* 17. *cap.* 14. *not. F.* FRANZKIVS in *resol. lib.* 3. *resol. II. num.* 21. MARTINI *comment. for.* in *tit. XI.* §. 2. *num.* 158, 159 und 160.

e) WERNHER *part.* 8. *obs.* 305.

f) Reichs-Deputationsabschied vom Jahr 1600. §. 48. Churf. Proc. Ordn. *tit.* 51. §. 1. am Ende. WERNHER *tom.* 1. *part.* 3. *obs.* 199. *cum supplem.*

g) BARDILI in diss. *de competentia fori ratione contractus, cap.* 5. *sect. I.* und *cap.* 9. *num.* 8. seqq. CARPZOV *lib.* 2. *resp.* 29. ENGAV *part. I. decis. CDV.* u. f. BERGER in *oec. jur. lib.* 4. *tit.* 4. §. 2. *not.* 1. Repertorium iuris publici unter den Worten *euocatio*, §. 7.

die weitern Ladungen eines solchen Beklagtens an denselben mittelst Requisition der Obrigkeit, unter welcher er einen befreyeten Gerichsstand hat, oder, wofern er mit diesem nicht versehen, von der Obrigkeit, unter welcher er wohnet, vorzunehmen h). Da denn auch diese Obrigkeit, weil eine Obrigkeit der andern Obrigkeit die Hülfe Rechtens nicht zu versagen hat i), die Insinuation der Ladung bewerkstelligen muß k).

§. 8.

Hingegen in zweytem Falle, da nämlich ein solcher Beklagter nicht an dem Orte, wo er den Contract zu erfüllen hat, gegenwärtig ist (§. 7), sondern, wie ich ferner zur genauern Bestimmung annehmen will, unter einem andern Richter seinen Wohnsitz hat, ist zu betrachten, ob er an dem Orte des Contracts Güter hat, oder nicht. Hat er daselbst Güter so sind selbige entweder von der Beschaffenheit, daß in solche eine Citation insinuiret werden kann, oder nicht. Ist jenes, z. E. er hat an dem Orte ein Hauß oder Laden, so von seinen Leuten verwaltet wird, so kann, ohne Requisition seiner Obrigkeit, diesen die Citation zur Bestellung überreicht, oder auf den Tisch geleget, oder bey verweigerter Annahme an die Thür oder Fensterladen genagelt werden l). Ja, wenn er auch in einem ganz fremden Lande sich aufhalten, jedoch an einem Orte, wo der völlige Landsaßiat in Uebung ist, ein Gut besitzen sollte, so kann er daselbst so gar mit einer persönlichen Klage, welche nicht aus einem an dem Orte geschlossenen Contracte herrühret, belanget werden m). Ist hingegen dieses, daß nämlich die Citation nicht in die Güter insinuiret werden kann, z. E. es sind Aecker, Wiesen, so muß der Beklagte mittelst Requisition der Obrigkeit, unter welcher er wohnet, vorgeladen werden n), und muß ihm diese die Citation zur Hülfe Rechtens insinuiren (§. 7), daß sie demselben, sich vor jenem Richter entweder in Person oder durch einen genugsam

h) RIVINUS *tit.* 3. *enunc.* 16. HOMMEL in *rhaps. obs.* 65.

i) *l.* 8. *C. de episc. aud.* GAIL *lib.* 1. *obs.* 113. *num.* 16. und *obs.* 115. *num.* 1.

k) BERGER in *oec. jur. lib.* 4. *tit.* 4. §. 2. *not.* 1.

l) *l.* 19. §. 2. D. de iudiciis. Seyfart in teutschen Reichsproceß *lib.* 1. *c.* 2. §. 21. SCHORCH in *respons. Erford. XCI. num.* 10. u. f. HOMMEL in *rhaps. obs.* 65. *num.* 2. und *obs.* 375. *num.* 2. BROKES in *sel. obs. for. obs.* 544.

m) BROKES in *sel. obs. for. obs.* 137.

n) *C.* 1. §. 3. *de foro compet. in 6to.* LEYSER *spec.* 73. *med.* 1. SCHORCH in *resp. Erford XCI. num.* 5-9.

genugsam Bevollmächtigten zu stellen, auferleget o). Ist dieses nun geschehen, und er bleibt aussen, so wird wider ihn mit der Strafe des Ungehorsams verfahren, und können alsdenn selbst die Güter dem Kläger zur Sicherheit dienen p). Trüge sich es aber zu, daß sowohl in diesem, als dem obigen Falle (§. 7), der requirirte Richter, die subsidiarische Citation dem Beklagten insinuiren zu lassen, sich weigerte, und wohl gar demselben das Erscheinen bey Strafe verböthe, so kann zwar der Richter des Contractsortes mit der Strafe des Ungehorsams wider den Beklagten nicht verfahren, jedoch bey jenes Richters seinen Oberrichter sich beschweren, daß selbiger zur Insinuation der Citation, als einer den Rechten nach ihm obliegenden Schuldigkeit, angehalten werden möchte q). Wäre es, daß auch der Oberrichter hierinne seine Hülfe versagte, so findet alsdenn, woferne sonst kein anderes Hülfsmittel gebraucht werden kann, als wohin besonders die Verkümmerung des Citatens seines Vermögens zu rechnen ist, die Edictalcitation Statt r).

§. 9.

Sollte es aber seyn, daß ein solcher Beklagter, an dem Orte, wo er den Contract zu erfüllen hat, gar keine Güter besässe (§. 8), so ist durch den Gerichtsgebrauch eingeführet, daß ein solcher Beklagter von dem Richter des Contractsortes nicht einmal durch Requisition des Richters, unter welchen der Beklagte wohnet, vorgeladen werden kann, sondern daß der Kläger in diesem Falle unmittelbar an den Richter, unter welchem der Beklagte seinen Wohnsitz hat, sich wenden muß, und dahero der Beklagte sogar, wenn auch dieser Richer eine subsidiarische Citation von jenem Richter angenommen, und ihm, dem Beklagten, solche insinuiren lassen, aussen bleiben und wider ihn von jenem Richter nicht mit der Strafe des Ungehorsams verfahren werden kann, sondern der Kläger auch wegen des Ungehorsams, daß der Beklagte nicht den Befehl seines Richters, unter den er wohnet, befolget gehabt, bey diesem sich eben-

o) FRANZKIVS *lib.* 3. *resol.* 11. *num.* 33.

p) *l.* 19. §. 1. *D. de judiciis. c.* 1. §. 3. *de foro compet. in 6to.* ZANGER *de exceptionibus cap.* 1. *part.* 2. *num* 173. seq. FRANZKIVS *lib.* 3. *resol.* 11. *num.* 27.

q) CARPZOV in *proc. tit.* 7. *art.* 3. §. 2. *num.* 16

r) LYNCKER *decis.* 755. MEVIUS *part.* 8. *decis.* 351. *num.* 4. seqq. BARTH *in hodeg. for. cap.* 1. §. 14. §. 23. *not.* a) §. 26. LEYSER *spec.* 32. *med.* 5. Seyfart in teutschen Reichsproceß. *lib.* 1. *cap.* 2. §. 7.

ebenfalls unmittelbar beschweren muß s). Man beziehet sich deshalb auf das canonische Recht, und zwar auf c. 1. §. 3. de foro compet. in 6to. Allein darinne ist dieses nicht enthalten, daß auch in dem dermaligem Falle nicht einmal eine subsidiarische Citation Statt finden sollte. Man führt ferner an, daß diese subsidiarische Citation um deswillen nicht geschehen könne, weil der vorladende Richter unter seinen Gerichten nichts hätte, worein er wider den ungehorsamen Beklagten eine Execution verhängen, und in die Güter, welche der Beklagte anderwärts besässe, keine Mißion vornehmen könnte t). Allein hindert denn dieses den Richter des Contractsortes, den Proceß wider den Beklagten zu formiren, und am Ende die rechtskräftige Sentenz durch Hülfe des Richters, unter welchem der Beklagte wohnet und seine Güter hat, zur Vollstreckung bringen zu lassen u)?

§. 10.

In dem Gerichtsstande des Contracts wird wider den Schuldner auf die Erfüllung des Contracts geklaget (§. 1.). Die Verbindlichkeit den Contract zu erfüllen nimmt mit seinem Tode kein Ende, und gehet dahero auf seine Erben über. Folgbar kann auch der Erbe des Schuldners, wenn er an dem Orte des Contracts angetroffen wird (§. 7), oder daselbst Güter hat (§. 8), belanget werden, ohne daß ihn sein eigener, befreyeter Gerichtsstand davon entschuldigen kann x).

§. 11.

Endlich soll wegen des Contracts eine subsidiarische Citation an den auswärtigen Richter ergehen, welchem dermalen der Beklagte unterwürfig ist (§. 8), so muß selbige natürlicher Weise von demjenigen Richter erlassen werden, welchen der Beklagte für seinen Richter wegen des Contracts anzuerkennen hat. Gesetzt also der Beklagte hat ehedessen an dem Orte, wo der Contract geschlossen worden und zu erfüllen ist, zwar seinen

s) CARPZOV *lib.* 2. *resp.* 30. *num.* 5. ZANGER *de exceptionibus cap.* 1. *part.* 2. *num.* 178. und 186. COLER de *proc. execut. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 44. GAIL *lib.* 2. *obs.* 36. *num.* 14. FRANZKIVS *lib.* 3. *resol.* 11. *num.* 28. BRVNNEMANN. *ad l.* 29. *D. de judic. num* 11. *et* 18. LAVTERBACH in *coll. pract. lib.* 5. *tit.* 1. §. 48.

t) *l.* 12. §. 1. D. *de reb. aut. judic. possid. l. vlt. de jurisd.*

u) HILLIGER in *Don. enucl. lib.* 17. *cap.* 14. *not.* k).

x) Nach dem ausdrücklichen *l.* 19. *pr. D. de judiciis.*

seinen Wohnsitz gehabt, allein er hat daselbst nicht unter der Stadtobrigkeit, sondern unter der Landesregierung gestanden, wo er hätte belanget werden müssen, wenn er an dem Orte geblieben wäre, so muß auch jetzo, da er sich anderwärts aufhält, wenn man ihn in dem Gerichte des Contracts belangen und daselbst eine subsidiarische Citation an seine dermalige Obrigkeit wider ihn ausbringen will, solches nicht bey der Stadtobrigkeit des Ortes, wo er sich ehedem aufgehalten, sondern bey der Landesregierung, unter welcher er zur Zeit des Contracts gestanden, bewerkstelliget werden y).

Rechtsfall

Es hat ein Landesherr die Ober- und Erbgerichte seines in der Herrschaft B** gelegenen Allodialgutes C** von dem zunächst gelegenen Amte B** mit verwalten lassen. Während dieser Mitverwaltung jener Ober- und Erbgerichte geschiehet es, daß ein unter diesen Gerichten stehender Unterthan, eine unter eben denselben liegende Wiese verkauft. Sein Bruder aber übt an dieser Wiese, weil selbige ein großväterliches Erbgut ist, das Näherrecht aus. Er tritt in solchen Kauf, und verspricht ihm die Kaufsumme samt dem Gönnegelde, Statt des Käufers, zu bezahlen. Dieses veranlasset denn auch, daß der Verkäufer seinen retrahirenden Bruder bey dem obgedachten Amte B** solche Wiese in Lehn reichen und zuschreiben läst. Es geschiehet dieses, Inhalts des darüber von dem Amte B** gerichtlich ausgefertigten Kaufbriefes, im Jahr 1741. Ob nun zwar darinne nicht gedacht worden, in welcher Qualität das Amt diesen Kauf bestätiget hat, so geben doch schon obige Umstände, da nämlich beyde Contrahenten, so wie die verkaufte Wiese selbst, sich nicht unter der Gerichtsbarkeit des Amtes B**, sondern unter den Gerichten des obgedachten Allodialgutes C** befunden, satsam zu erkennen, daß das Amt B** als Verweser der Gerichte sothanen Allodialgutes den Kauf gerichtlich bestätiget hat. Es trägt sich nun auch darauf im Jahr 1765 zu, daß mehrerwähntes Allodialgut C** mit Ober- und Erbgerichten, so bis dahin von dem Amte B** mit verwaltet worden, an den Bergmeister R** verkauft wird. Es hat nun aber vorhero der Retrahent jener Wiese, welcher auf selbige seinem Bruder eine Summe von 333 alten Schocken an Kaufgelde rückständig schuldig geblieben, den

 Ort

y) PVFFENDORF in *obseruat. iur. tom. II. obs.* 149. wo er dieses mit einem besondern Falle erläutert.

Ort des Contracts zu C** verlassen und seinen Wohnsitz auswärts in der Stadt S** errichtet. Woselbst er nachhero, mit Hinterlassung etlicher Erben, welche in sothaner Stadt Theils unter dem Amte, Theils unter dem Rathe stehen, verstorben ist. Es haben diese Erben nun auch bey den Gerichten zu C** mehrgedachte Wiese, welche durch Erbgangsrecht auf sie verfället worden, sich in gesammte Lehn reichen lassen. Dieselben verzögern aber, ihres Erblassers Bruder, der, wie obgedacht, ihrem Erblasser, aus dem an der Wiese gesuchten Näherrecht, diese Wiese käuflich überlassen, die darauf rückständig schuldig gebliebenen 333 alte Schock abzutragen. Weshalb er sie bey den Gerichten zu C**, als dem Orte des Contracts, executivisch verklaget und den Abtrag dieser Gelder nebst den Verzugszinsen verlanget. Er bittet dabey, daß Beklagte mittelst Requisition ihrer Obrigkeit, nämlich so wohl des Amtes, als des Stadtrathes zu S**, vorgeladen werden möchten. Es wird nun auch von dem Gerichte zu C** eine subsidiarische Citation an diese beyden Obrigkeiten der Beklagten ausgefertiget. Diese schicken aber die Citation wieder zurück, weil sie vermeinen, daß die Klage, als eine blos persönliche Klage, bey ihnen selbst unmittelbar angebracht werden müßte. Welches die Gerichte zu C** veranlasset, daß sie kurz darauf zweyen Miterben, welche eben anderer Verrichtungen halber bey ihnen gegenwärtig sind, die auf einen anderweiten Termin ausgefertigte Citation, in der Gerichtsstube durch den Gerichtsfrohn mit der Bedeutung, ihren übrigen Miterben von dem anberaumten Termine Nachricht zu ertheilen, insinuiren lassen. Der eine Comparent nimt diese Citation auch an, und verspricht der Auflage Folge zu leisten; ja es wird auch dieses würklich von ihm bewerkstelliget. Allein jene beyden Obrigkeiten zu S** sehen dieses Verfahren als einen Eingriff in ihre Gerichtsbarkeit an, und halten dafür, daß jene Insinuation der Ladung, wegen des von ihnen bereits geäusserten Widerspruchs, indem die Sache nicht vor den Gerichten zu C**, sondern vor ihnen abzuhandeln sey, und dahero ihre Unterthanen nicht evociret werden mögen, ganz ungültig sey. Wie sie denn auch den beklagten Erben das Erscheinen vor den Gerichten zu C** bey Strafe untersagen, und bey diesen Gerichten selbst wider den Fortgang des Termins unter einer eventuellen Appellation an dieser Gerichte ihre hohe Landesobrigkeit protestiren. Von dieser wird aber, auf erstatteten Bericht, die Appellation verworfen, und, es bey dem anberaumten Termine bewenden zu lassen, anbefohlen. Vor diesem Termine kommen die Beklagten mit einem Schreiben ein, worinne sie melden, daß einem jeden von ihnen das

Erscheinen

Erscheinen in selbigem von dem Amte bey 5 Rthl. Strafe untersaget worden wäre, und ihnen dahero ihr Aussenbleiben für keinen Ungehorsam ausgeleget werden möchte. Da sie nun auch würklich in dem anberaumten Termine nicht erscheinen, so werden sie von dem Kläger gleichwohl Ungehorsams beschuldiget, mit hinzugefügter Bitte, nunmehro zu erkennen, daß Beklagte, nach anderweit vorgehender Ladung zu erscheinen und die bey der Klage inducirten Documente unter der Verwarnung, daß selbige sonst für anerkannt geachtet werden sollen, zu recognosciren, auch, weil sie solches vor jetzo nicht gethan, die Unkosten dieses Termins Klägern zu erstatten schuldig. Die Gerichte zu C** verschicken darauf die Acten und fragen zugleich an, ob bey des Amtes S** fernerer verweigerten Stellung der Beklagten, diese mittelst einer Edictalcitation vorzuladen wären. Es erfolgt darauf in Junius 1775 folgendes

Urthel.

Auf erhobene Klage und beschuldigten Ungehorsam J. G. O**, zu C**, Klägers an einem, weyland J. A. O**, zu S** hinterlassene fol. act. 2 benannte Erben, Beklagte am andern Theil, s. u. i. d. d. e. A. n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. s. w. v. R.

Daß die Ungehorsamsbeschuldigung *fol. act. 35.* nicht Statt hat, auch ist gegen Beklagte, Falls das Amt S** deren Stellung ferner verweigern sollte, mit der Edictalcitation noch nicht zu verfahren, sondern es ist über das Amt S** wenn es auf seiner Aeusserung, die Insinuation der Citation an die Beklagte nicht zu gestatten, beharren sollte, bey dessen Oberrichter deshalb Beschwerde zu führen, und dahin, daß selbiges zu sothaner Insinuation der Citation, als einer den Rechten nach ihm obliegenden Schuldigkeit, angehalten werden möchte, bittlich anzutragen. V. R. W.

Die Gerichte zu C** fertigen darauf eine Citation zur Eröfnung dieses Urthels an die Beklagte aus, und ersuchen zur Hülfe Rechtens das Amt und den Stadtrath zu S**, selbige den Beklagten insinuiren zu lassen. Allein beyde Obrigkeiten schlagen es ab. Weshalb die Gerichte, zu Folge des vorigen Urthels, sich bey deren Oberrichter beschweren. Allein selbiger rescribiret, daß, weil der Wiesenkauf nicht in C**,

 sondern

sondern in B**, und zwar vor dortigem Amte geschlossen und confirmiret worden, mithin nicht die Gerichte C**, sondern, vermöge des Kaufbriefes, gedachtes Amt B**, vor welchem aber nicht geklaget worden, das forum contractus wäre, dem Suchen, um Insinuation der Citation an die O** Erben zu S**, als Beklagten, zur Publication des eingehohlten Urthels nicht zu deferiren stehe.

Die Gerichte zu C** stellen darwider vor, daß der Wiesenkauf nicht zu B**, sondern zu C** geschlossen, und von dem Amte B**, nur als damaligen Verweser der Gerichte zu C** confirmiret worden wäre. Sie wiederhohlen zugleich ihr voriges Gesuch wegen Stellung der Beklagten. Allein es wird bey der vorigen abschläglichen Resolution gelassen.

Die Acten werden darauf, nachdem Kläger zuvor mit seiner rechtlichen Nothdurft gehöret worden, auf Befehl des Oberrichters der Gerichte zu C**, nochmalen nach rechtlichen Erkänntniß versendet. Welches denn auch in Februar 1776 folgender masen ertheilet wird.

Urthel

Als Uns die in Sachen J. G. O**, zu C**, Klägers an einem, weiland J. A. O** zu S** hinterlassener fol. act. 2. benannter Erben, Beklagter am andern Theil, ergangenen Acten nebst einer Frage anderweit zugeschicket u. d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Dieweil das Amt S** sowohl, als der Stadtrath daselbst die Insinuation der Citation an die Beklagte anderweit abgeschlagen, auch der Oberrichter hierbey seine gesuchte Hülfe den C--ischen Gerichten wiederhohlt verweigert hat, gleichwohl der Contract, auf dessen Erfüllung dermalen geklaget wird, von den C--ischen Gerichtsunterthanen geschloßen worden ist, und dieser Umstand so wohl, als daß die Wiese, worüber der Kaufcontract errichtet worden, und in welchen der Beklagten Erblasser durch das daran ausgeübte Näherrecht getreten, nicht unter der Gerichtsbarkeit des Amtes B**, sondern unter den C-- ischen Gerichten gelegen, sattsam zu erkennen geben, daß das Amt B**, welches zu damaliger Zeit die C--ischen Gerichte mit verwaltet gehabt, den Kaufcontract nur als Verweser der C--ischen Gerichte

Gerichte confirmiren mögen, solchemnach der Gerichtsstand des Contracts nicht bey dem Amte B**, sondern bey den C--ischen Gerichten ist, und vermöge des *l. 19. pr. D. de judiciis*, ein Erbe des Schuldners an dem Orte des Contracts, wenn er daselbst angetroffen wird, oder Güter hat, auch so gar ohne Hinderung seines eigenen befreyeten Gerichtsstandes, belanget werden kann, sodann dermalen Beklagte, ohne zu gedenken, daß zween von ihnen die Citation wegen der erhobenen Klage in den C--ischen Gerichten bereits insinuiret worden, die obgedachte Wiese annoch besitzen und an einem C--ischen Gerichtsunterthanen Pachtweise eingethan haben: so ist, bevor zu der sonst, in Ermangelung anderer Hülfsmittel, bey verweigerter Insinuation der subsidiarischen Citation Statt findenden Edictalcitation geschritten wird, auf die Pachtgelder und Nutzungen sothaner Wiese so lange, bis Beklagte vor den C--ischen Gerichten, der wider sie erhobenen Klage halber, schuldiger Masen Recht nehmen, und, dem dereinstigen rechtskräftigen Erkänntniß ein Genüge zu leisten und sich vor solchen Gerichten zu stellen, hinreichende Caution gemacht haben, zu desto würksamerer Anerkennung des Gerichtsstandes, ein Arrest zu legen. Von Rechts wegen.

LXXX.

Von der Eydeszuschiebung über die Legitimation bey einem Rechtsstreite.

§. 1.

Es giebet bey einem Rechtsstreite eine gedoppelte Legitimation, nämlich sowohl zur Sache, als zum Proceß. Die **Legitimation zur Sache** ist diejenige Handlung, wodurch dem Richter, daß jemanden die strittige Sache insonderheit angehe, dargethan wird. Dieses geschiehet entweder in Ansehung des Klägers, oder des Beklagtens. Im ersten Fall wird sie die **activische** in zweyten Fall aber die **paßivische Legitimation zur Sache** (legitimatio ad causam actiua oder passiua) genannt. Diese Benennung rührt daher, weil bey der activischen Legitimation der Kläger sich gegen den Beklagten handelnd, und bey

bey der paßivischen der Beklagte sich gegen den Kläger leidend verhält. So hat derjenige, welcher wider jemanden klaget, daß dieser ihm eines Verstorbenen Nachlaß herausgebe, oder ihm die Schuld, womit er dem Verstorbenen verhaftet gewesen, abtragen solle, sich zur Sache zu legitimiren. Das ist, er muß den Grund darthun, weshalb er den Nachlaß oder die Schuld zu fordern berechtiget zu seyn glaubet. Zum Exempel, daß er des verstorbenen Erbe sey, oder, daß ihm dieser die Schuldforderung abgetreten habe. Hieher gehört auch, wenn der Kläger ein Familienstipendium verlangt. Da muß er zuförderst beybringen, daß er zu der Familie gehört, welcher das Stipendium hinterlassen worden. Dieses ist eine activische Legitimation zur Sache. Hingegen so setze man, daß wider jemanden dahin geklaget wird, daß dieser eines Verstorbenen Schuld bezahlen solle, so muß der Kläger die paßivische Legitimation zur Sache beybringen, das ist, er muß den Grund darthun, weshalb er die Bezahlung dieser Schuld eben von dem Beklagten und keinem andern verlangt. Zum Exempel, weil der Beklagte des Verstorbenen Erbe geworden ist, oder die Schuld durch eine Expromißion übernommen hat. So auch bey actionibus adjectitiae qualitatis hat der Kläger die besondere gerechte Ursache, weshalb er den Beklagten, wegen eines Dritten seiner verbindlichen That, belanget, vor allen Dingen darzuthun.

§. 2.

Hingegen die Legitimation zum Proceß (§. 1) ist diejenige Handlung, wodurch man zeiget, daß man Nahmens des Andern vor Gericht zu handeln das Recht habe. Als wenn jemand vor einen Andern, es sey dieser der Kläger oder Beklagte, in dessen Nahmen einen Rechtshandel vor Gerichte betreibet. Dergleichen die Anwälde, Syndicen, Actoren sind.

§. 3.

Dieses vorausgesetzt, nähern wir uns nunmehro der Frage: ob bey einem Rechtsstreite ein Theil dem andern über die Legitimation den Eyd zuschieben könne? Die gewöhnliche Meinung ist, daß solches weder bey der Legitimation zur Sache z), noch bey der Legitimation zum

z) RIVINUS *ad ordin. proc. Sax. tit. part. 3. obs.* 54. 18. *enunc.* 19. WERNHER in *sel. obs. for.*

zum Proceße a) angienge, sondern dabey müsse man sich anderer Beweißmittel bedienen. Aus was für Gründen? Bey der Legitimation zur Sache, wird geantwortet, geht solches um deswillen nicht an, Theils, weil selbige das Recht eines Dritten betrift, worüber man sich, zu dessen Nachtheil, mit einem andern zu vergleichen, und ihn dahero auch darüber den Eyd zuzuschieben, keine Macht hat, Theils, weil der Beklagte, dem darüber von dem Kläger der Eyd zugeschoben würde, hierdurch wider den Dritten keine Sicherheit erlangte, indem er besorgen müßte, daß, wenn er den Kläger befriedigte, er dem ungeachtet, der Sache halber, annoch von dem Dritten, dem dieser Rechtshandel nichts angegangen, in Anspruch genommen, und selbigem, seiner Forderung halber, ein Genüge zu leisten, angehalten werden könnte, Theils, weil diese Legitimation oftermalen eine Thatsache beträfe, wovon derjenige, dem darüber der Eyd zugeschoben würde, keine Wissenschaft hätte, und dahero dessen Gewissen füglich damit nicht beschweret werden könnte b). So auch bey der Legitimation zum Processe sey die Eydesdelation um deswillen unzuläßig, weil diese Legitimation, nach dem Gerichtsstyl, zu ihrer Form eine Schrift erforderte. Ob ich nun gleich bey dieser Legitimation dem Gerichtsbrauche nicht widersprechen mag, so finde ich doch jene Gründe, weshalb bey der Legitimation zur Sache keine Eydesdelation Statt finden soll, nicht in allen Fällen für erheblich.

§. 4.

Zuförderst ist zu erwägen, ob auch überhaupt bey einem Rechtsstreite derjenige, von welchem, daß er sich legitimiren solle, sein Gegner verlanget, diese Legitimation zu übernehmen nöthig hat, oder nicht? Wäre das letzte, so ist die obige Frage (§. 3) vergeblich. So klagten einstmalen die Kinder ihres verstorbenen Vaters, als dessen Erben, wider jemanden auf die Erfüllung eines Vergleiches, so dieser mit ihrem Vater errichtet hatte. Der Beklagte setzte ihnen die Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache entgegen, weil von ihnen, daß sie die Erben, und auch, daß sie die alleinigen Erben ihres verstorbenen Vaters wären, noch nicht dargethan worden sey. Klägere replicirten, daß sie Erben ihres Vaters wären, darüber hätten sie ihm, dem Beklagten, in Leugnungsfall den

a) BERGER in *part.* I. *supplem. ad elect. disc. for. tit.* 18. §. 7.

b) *l.* II. §. 2. *D. rer. amot.* wo es heißt: Iurare autem tam vir, quam vxor cogetur. Pater autem amouentis iurare non cogitur: *cum iniquum sit, de alieno facto alium iurare.* Is ergo cogitur iurare, qui amouisse dicitur; et idcirco nec heres

den Eyd zugeschoben; sodann, daß sie die alleinigen Erben ihres Vaters wären, davon hätten sie in ihrer Klage nichts gedacht, genug daß Beklagter nicht mehrere Erben anzugeben vermocht. Sie leugneten daß mehrere Erben vorhanden, und also brauchten sie nicht zu beweisen, daß sie die alleinigen Erben wären. Beklagter duplicirte, die Eydesdelation über den Punct, daß Klägere Erben ihres verstorbenen Vaters wären, findete nicht Statt, sondern das müsten sie auf andere Art beweisen, so wie sie auch den zweyten Punct, daß sie die alleinigen Erben ihres Vaters wären, darzuthun hätten, weil sie das leichter, als er das Gegentheil, beybringen könnten c). Allein es wurde nach D** in Februar 1776 erkannt: daß Klägere, in Betracht Beklagter, wie selbige des verstorbenen N** Kinder sind, nicht geleugnet, und andere rechtmäsige Erben dieses N** anzugeben nicht vermocht hat, mit der geforderten Legitimation zur Sache zu verschonen sind. Denn da Beklagter nicht leugnete, daß Klägere ihres verstorbenen Vaters Kinder wären, so kam den Klägern die rechtliche Vermuthung, sie als nächste Anverwandte für gesetzmäsige Erben ihres Vaters zu halten, allerdings zu Statten, ohne daß sie die ihnen von den Gesetzen zuständige Qualität des Erbeseyns zu beweisen brauchten. Beklagter hätte, wofern er diese rechtliche Vermuthung nicht einräumen wollen, anführen und hernach darthun müssen, daß Klägere entweder durch eine gültige Disposition ihres Vaters, zum Exempel, durch Testament, von der Succeßion ausgeschlossen worden wären, oder daß sie deren selbst sich entsaget hätten. Keins von beyden war aber geschehen. Hiernächst, daß man Klägern den Beweiß, daß sie alleinige Erben ihres Vaters wären, hätte aufbürden sollen, gienge um deswillen nicht an, weil sie dieses nicht behaupteten, sondern vielmehr leugneten. Es widerspricht sich aber, von jemanden zu fordern, daß er von demjenigen, was nicht ist, beweisen solle, daß es ist. Denn dergleichen zu verlangen, wäre eben so ungeräumt, als wenn man einem, welcher mehr als 100 Rthl. zu haben leugnet, zu beweisen auferlegen wollte, daß er mehr denn 100 Rthl. habe. Hätte Beklagter mehrere Kinder des Verstorbenen nahmhaft gemacht, so würde den Klägern, Falls sie das Daseyn dieser mehrern Kinder nicht leugnen können, der Beweiß davon, daß sie die alleinigen Erben ihres verstorbenen Vaters wären, aufzugeben gewesen seyn, weil ihnen alsdenn das Vorhandenseyn der Ursache, warum sie die übrigen

res eius, qui, quaeue amouisse dicetur, iurare cogetur.

c) Struben in rechtl. Bedenken I. Th. Num. XXII.

übrigen Kinder von der Klage auszuschließen befugt wären, darzuthun obgelegen. Allein da jene Nahmhaftmachung fehlete, so fiel auch deshalb der Beweiß von selbst weg.

So kann auch ein Pachter, welcher, in Abwesenheit des Verpachters, aus dem Pachtgute von jemanden geworfen wird, ohne eine ausdrückliche Vollmacht zu haben, wider den Dejicienten Nahmens des Verpachters das interdictum unde vi anstellen d). Und braucht er sich dahero auch nicht zum Proceß zu legitimiren. Genug, daß er der Pachter des Gutes ist.

§. 5.

Stellen wir uns nun aber vor, daß jemand wegen der Legitimation einen Beweiß zu übernehmen hat (§. 4.), so kann er sich hierzu allerdings der Eydesdelation bedienen. Denn selbige ist eine Art des Beweises e) und die Gesetze verstatten sie bey allen Civilklagen, sie seyn petitorisch oder possessorisch f), sie seyn Präjudicial g), oder Nichtpräjudicialklagen, und letztere mögen in dinglichen h), oder persönlichen Klagen i) bestehen, so gar daß auch die Strafklagen (actiones poenales) k), und wenn sie gleich ehrlos machen sollten l), ins besondere die Injurienklagen m), davon nicht ausgeschlossen sind. Was noch mehr, so ist auch bey Criminelklagen, wenn von dem Fiscal nicht peinlich, sondern nur bürgerlich auf eine Geldstrafe geklaget wird, die Eydesdelation nicht unzuläßig n). Solchemnach ist nicht abzusehen, warum man, der Regul nach, nicht auch über die Legitimation zur Sache sich der Eydesdelation sollte bedienen können o).

d) *l. 1. C. si per vim.*

e) *l. 5. §. 2. l. 35. l. 38. D. de iureiur. l. 25. §. 3. D. de probat.* COCCEII in *iure controu. lib. 12. tit. 2. qu. 24.* und 41.

f) *l. 3. §. 1. D. de iureiur.*

g) *l. 3. §. 2. D. de iureiur.*

h) *l. 9. §. 7. l. 11. §. 1. D. de iureiur.*

i) *l. 9. §. 1. l. 34. pr. D. de iureiur.*

k) *l. 3. §. 1. D. de iureiur. l. 52. §. 27. D. de furt.*

l) *l. 9. §. 2. D. de iureiur.*

m) *l. 5. §. 8. l. 11. §. 1. D. de iniur.*

n) *l. 6. §. 4. D. de his qui not. infam.* BERLICH *part. 1. concl. 29. num. 39.* HILLIGER *in Donell. enucl. lib. 24. cap. 17. lit. I.* BRVNNEMANN in *proc. ciu. cap. 23. num. 5.* LAVTERBACH in *coll. pract. lib. 12. tit. 2. §. 65.* BOEHMER *medit. in constit. crim. Car. art. 62. §. 3.* CASP. MATTH. MÜLLERI diss. *de iuramenti delatione in causa fiscalis pecuniaria* Rost. 1708.

o) BERGER in *part. 1. supplem. ad elect. disc. for. tit. 18. §. VII.*

§. 6.

Es stehet nicht entgegen, daß, erstlich, die Legitimation zur Sache das Recht eines Dritten beträfe (§. 3). Denn dieses läßt sich eines Theils nicht allezeit behaupten, wenigstens macht die paßivische Legitimation zur Sache (§. 1) eine Ausnahme, als welche den Beklagten, dem der Eyd darüber, daß er z. E. des Verstorbenen Nachlaß als Erbe sich angemaset habe, zugeschoben wird, unmittelbar selbst angehet; andern Theils wird dem Dritten durch die Eydesdelation eben so wenig, als durch andere Beweißmittel sein Recht entzogen p). Der Dritte mag entweder, wenn er Nachricht davon bekommt, bey Zeiten interveniren, oder ausserdem seines ihm unentzogenen Rechtes halber besonders klagen.

§. 7.

Zweytens, der Grund, daß der Beklagte, dem über die Legitimation zur Sache der Eyd zugeschoben würde, wider den Dritten keine Sicherheit erlangte (§. 3), fällt auch bey der paßivischen Legitimation hinweg, und bey der activischen Legitimation (§. 1) kann er ebenfalls die Eydesdelation nicht verhindern. Denn der Beklagte schwört entweder den Eyd ab, oder er schiebet ihn zurück, oder er vertritt sein Gewissen mit Beweiß. Ist das erste und dritte, so wird er von der Klage entbunden, und, weil er also dem Kläger alsdenn nichts entrichtet, so wird er von der Sorge einer nochmaligen Entrichtung an einen Dritten befreyet. Ist das zweyte, so findet das nämliche Statt, wenn der Kläger den referirten Eyd nicht ablegen sollte, hingegen würde auch dieser zurückgeschobene Eyd von dem Kläger abgeleistet, und der Beklagte darauf condemniret, so könnte dieser doch, wenn er wegen einer körperlichen Sache, die er herausgeben müssen, verklaget worden, wider einen Dritten, der ihn noch in Anspruch nehmen wollte, sich damit schützen, daß, weil er auf Befehl des Richters die Sache dem Kläger abzutreten gehabt, er selbige weder aus Betrug noch grober Nachläßigkeit zu besitzen aufgehört, und ihm also nicht verbindlich sey q). Der einzige Fall, da hier der Beklagte auf

p) *l.* 9. §. 7. und *l.* 10. *D. de iureiur.* da es heißt: Si petitor iurauit, possessore deferente, rem suam esse, actori dabitur actio. Sed hoc duntaxat aduersus eum, qui iusiurandum detulit, eosque, qui in eius locum successerunt: caeterum *aduersus alium si velit praerogatiua iurisiurandi vti, nihil ei proderit: quia non deberet alii nocere, quod inter alios actum esset.*

q) *l.* 17. *D. de heredit. petit.* und *l.* 167. §. 1. *D. de reg. iur.*

auf die Eydesdelation sich einzulassen nicht nöthig hätte, wäre, wenn er wegen einer Quantität von einem andern als seinem Gläubiger verklaget würde r). Da brauchte er des Klägers Legitimation, wenn er, der Beklagte, solche selbst mit unverletzten Gewissen abzuschwören nicht vermöchte, aus Gefahr die Schuld noch einmal bezahlen zu müssen, nicht durch eine Eydesrelation auf des Klägers Gewissen ankommen zu lassen.

§. 8.

Drittens, der Grund, daß der Beklagte oftermalen dabey von der Thatsache keine Wissenschaft habe (§. 3), mag dem Beklagten, wenn dieses auch wäre, um deswillen nicht zu statten kommen, weil er in solchem Fall, entweder den Eyd zurückgeben kann, oder nur über sein Nichtwissen, noch Glauben und Dafürhalten zu schwören braucht. Denn fremde Geschichte können, wie man spricht, einem zwar nicht in sein Gewissen, wohl aber in seine Wissenschaft und Wohlbewußt geschoben werden s). Der angezogene l. 11. §. 2. D. rer. amot. ist nur davon zu verstehen, daß man jemanden keine fremden Thatsachen in sein Gewissen schieben kann. Das ist, es kann deshalb von ihm keine eydliche Erhärtung, daß sie nicht wahr wären, gefordert werden. Denn fremde Handlungen können ihm unbekannt seyn.

LXXXI.

Von dem Gerichtsorte, woselbst ein Schuldner das schuldige Geld niederzulegen hat, wenn er sich von der Schuld frey machen will.

§. 1.

Die Gesetze geben diesen Ort nicht genau zu erkennen, sondern es heist in dem l. 19. C. de vsuris, daß dieses vor dem gehörigen Richter geschehen müsse t). Dieses legt der alte Rechtslehrer Baldus in seiner Glosse über dieses Gesetz von dem Richter des Schuldners aus, daß der Schuld-

r) BERGER in *oec. iur. lib. 4. tit.* 25. §. 5. *not.* 17.

s) CARPZOV *part.* 1. *const.* 12. *def.* 40. und 41. LAVTERBACH in *coll. pract. lib.* 12. *tit.* 2. §. 65.

t) Die Worte dieses Gesetzes sind: vel sacratissimas aedes, vel vbi *competens iudex* super ea re aditus deponi eas disposuerit: quo subsecuto, etiam periculo debitor liberabitur.

Schuldner vor dem Richter, unter welchem er mit wesentlicher Wohnung gesessen, die Niederlegung des Geldes verrichten könne. Welche Meinung nun auch sowohl alte als neuere Juristen dergestalt angenommen u), daß der Gläubiger, welcher einen andern Gerichtsstand hätte, und, die ihm angebothene Schuld anzunehmen, sich weigerte, von dem Richter des Schuldners, mittelst Requisition der Obrigkeit des Gläubigers, zum Empfang des Geldes, oder zu sehen, daß solches gerichtlich niedergeleget würde, vorgeladen werden könnte x).

§. 2.

Zum Grunde dieser ebengedachten Meinung wird angeführet, weil der Schuldner in diesem Falle gleichsam als der Beklagte anzusehen wäre, der den Gläubiger als den Kläger gleichsam provocirte y).

Allein dieses ist nur alsdenn gegründet, wenn der Schuldner den Gläubiger würklich ex lege si contendat 28. de fidejussor. et mandat. wegen gewisser Einreden, die er wider die Schuld hat, z. E. daß sich der Gläubiger die Reduction des in schlechten Gelde vorgeliehenen Capitals gefallen lassen müßte, provocirt, und damit, in ferneren Verweigerungsfall, die Anerbiethung zur gerichtlichen Niederlegung des Geldes verbindet. Denn in solchem Falle muß freylich der Gläubiger, wenn er seine Replic, so er wider die Einreden hat, nicht verliehren will, klagen, und also als Kläger das Gericht des Schuldners, als des Beklagtens, in der Sache folgen z).

§. 3.

Im Fall der Schuldner aber blos das Geld gerichtlich niederlegen und sich dabey vorhingedachter Provocation ex l. si contendat nicht bedienen will, so muß solches vor dem Richter des Gläubigers geschehen a), Theils,

u) Hieher gehören ausser denen, welche von GEORG SCHVLZEN in tract. *de oblatione obsignatione ac depositione pecuniae cap. 4. num. 19. pag. 241. seq.* angeführet worden, auch ZANGER *de except. par. 3. cap. 2. num. 84.* STRYK *in vsu mod. pand. lib. 46. tit. 3. §. 17.*

x) GE. AD. STRVV in *synt. iur. civ. exerc. 47. §. 79.*

y) STRYK *l. c.*

z) Siehe SCHAVMBVRG in *princ. prax. iurid. lib. 2. cap. 6. §. 3. pag. 152. seq.*

a) BACHOV in *not. et animadu. ad Treutler. Vol. 2. disp. 29. th. 2. lit. H. in fin.* SCHVLZE in tract. *de oblatione - - pecuniae cap. 4. num. 19. pag. 243.*

Theils, weil er hier den Gläubiger in Anspruch nimmt, und also Klägers, der Gläubiger aber Beklagtens Stelle vertritt, ein Kläger aber den Beklagten vor dessen Richter belangen muß b), Theils aber auch, weil der Schuldner das Geld, so er aus des Gläubigers Hand empfangen, auch wiederum in dessen Hände liefern, und es also an den Ort des Gläubigers zu ihm wieder zurück bringen muß c). Dieses ist um so weniger einem Zweifel unterworfen, wenn die Zahlung an dem Orte des Gläubigers ausdrücklich versprochen worden seyn sollte d). Denn da soll die gerichtliche Niederlegung die Stelle der Zahlung vertreten. Eine Zahlung befreyet aber nicht, wenn sie nicht an dem versprochenen Orte geschiehet e). Also muß auch in solchem Falle die Niederlegung vor dem Richter des Gläubigers vorgenommen werden f).

Hierbey dient zur Erläuterung ein rechtliches Gutachten und Urthel, welche davon in meinen rechtlichen Entscheidungen, Seite 79. u. f. ingleichen Seite 272 u. f. vorkommen.

LXXXII.

Von den Fällen, da die actio praejudicialis affirmatiua und negatiua, directa und contraria anzustellen ist, mit beygefügten Formularen und zweyen besondern Rechtsfällen.

§. 1.

Vielfältig wird die schlechthin bejahende und verneinende Präjudicialklage (actio praejudicialis affirmatiua et negatiua), oder die actio praejudicialis affirmatiua und negatiua *directa*, wie sie **Svendendörfer** g), wiewohl mit unrichtigen Erklärungen und Klagformeln bey der

b) *l. 5. C. de iurisd.*

c) IO. DAN. REYSER *de oblatione* (Ienae 1679.) *th. 21. pag. 41. seq.* HAHN *ad Wesenbec. lib. 46. tit. 3. num. 9. pag.* 1022. HOMMEL in *rhapsodia quaestion. obs.* 140. Siehe auch meine rechtlichen Entscheidungen *num.* 38.

d) *l. 9. C. de solution.*

e) *l. 39. D. de solut. l. 9. D. de eo quod cert. loc.*

f) KÖPPEN *decis.* 34. *num.* 15. RICHTER *decis.* 75. *num.* 11. KNORRE in diss. *de obsignat. iudic. cap.* 5. §. 3. PÜTTER in auserlesenen Rechtsfällen, *par.* 4. *decis.* 134.

g) in *exposit. action. forens. sect.* 1. *cap.* 2. *memb.* 3. Seite 75. u. f.

der actione ciuitatis betitult hat, mit der ihr entgegen gesetzten bejahenden und verneinenden Präjudicialklage (actio praejudicialis affirmatiua et negatiua *contraria* verwechselt. Um hierinne nicht gleichfalls zu fehlen, hat man in vorkommenden Fällen, da Jemand mit einem Andern über einen gewissen Zustand streitet, vor allen Dingen zu erwägen, weshalb er mit dem Andern über den Zustand streitet, ob er nämlich entweder die Rechte des in Streit gezogenen Zustandes haben, oder ob er von den Verbindlichkeiten desselben frey seyn will. Und bey jedem dieser beyden Fälle ist ferner zu sehen, ob er sich dabey in einem Besitze, oder in keinem Besitze befindet. Von diesem allen hängt lediglich die verschiedene Anwendung obiger Klagen ab. Wie nunmehro in folgenden Absätzen genauer angezeiget werden soll.

§. 2.

Streitet Jemand mit einem Andern über einen gewissen Zustand in der Mase, daß er die Rechte dieses Zustandes haben will (§. 1), zum Exempel, er will in einer Stadt bürgerliche Nahrung und Handthierung treiben, welches ihm aber die Bürgerschaft nicht vergönnen will; so befindet er sich entweder in dem Besitze der Ausübung der Rechte dieses Zustandes; zum Exempel, daß er bishero die bürgerliche Nahrung und Handthierung in der Stadt geruhig getrieben; oder nicht. Im ersten Falle kommt ihm eine Possessorienklage zu statten, nämlich das possessorium summariissimum, oder das possessorium ordinarium, als das interdictum vti possidetis vtile. Ist er nun hier in dem Besitze geschützet worden, so muß sein Gegner, als die Bürgerschaft, wenn er ihn nicht dabey lassen will, wider ihn eine Petitorienklage anstellen. Und diese ist die *actio praejudicialis negatiua contraria* h). Sie heißt *negatiua* weil der Implorant leugnet, daß Implorat den Zustand habe, dessen Rechte er sich anmasen will. Hingegen *contraria* wird sie zugleich genennet, weil sie wider

h) Zum Exempel: Implorantische Bürgerschaft kann nicht umhin, wider Imploraten klagbar zu werden, daß derselbe in dieser Stadt, da er doch ein Fremder, und das Bürgerrecht daselbst niemals gewonnen, auch ungewiß ist, ob er dessen fähig sey, bishero bürgerliche Handthierung getrieben. Wenn er nun in Güte davon nicht abstehen will, als wird von ihm richtige Einlassung auf gegenwärtige Imploration gefordert, mit Bitte nachhero zu erkennen:

Daß Implorat für keinen Bürger dieser Stadt zu halten, dahero derselbe sich aller bürgerlichen Handthierung zu entäusern schuldig.

wider des Imploratens Besitz in der Ausübung der Rechte des Zustandes angestellet wird. Im zweyten Falle aber, da er sich nicht in sothanem Besitze befindet, und gleichwohl das Zustandsrecht, welches ihm sein Gegner leugnet, zu haben vorgiebet, muß er die schlechthin bejahende Präjudicialklage oder die so genannte *actionem praejudicialem affirmatiuam directam* anstellen i). Diesen Beynahmen, *directa*, hat sie blos zum Unterschied von der actione praejudiciali affirmatiua contraria. Welche gleich in folgenden Absatze angezeiget wird.

§. 3.

Hingegen streitet Jemand mit dem Andern deshalb über einen gewissen Zustand, daß er von den Verbindlichkeiten dieses Zustandes frey seyn will (§. 1), zum Exempel, er will in einer Stadt nicht die ihm von der Bürgerschaft angesonnenen bürgerlichen Lasten übernehmen, welche sonst mit dem Bürgerschaftszustande verbunden sind; so befindet er sich entweder in dem Besitze der Befreyung von diesen Verbindlichkeiten, z. E. daß er bishero noch gar keine bürgerliche Lasten getragen; oder nicht. Im ersten Falle kommt ihm ebenfalls eine Possessorienklage zu statten (§. 2), und er muß in dem Besitze so lange geschützt werden, bis sein Gegner, als die Bürgerschaft, durch eine Petitorienklage ein anderes ausgeführet hat. Dieses ist die *actio praejudicialis affirmatiua contraria* k). Sie heist *affirmatiua*, weil der Implorant behauptet, daß Implorat

i) Zum Exempel: Implorant saget kürzlich, daß er vor einiger Zeit von dem hiesigen Stadtrath unter die Bürger aufgenommen worden, und dadurch das Bürgerrecht hieselbst erlanget hat. Ob er nun wohl hierauf, gleich andern Bürgern, Bier brauen und schänken, wie auch andere bürgerliche Handthierung treiben wollen, so hat sich doch die Bürgerschaft unterfangen, ihm solches unter dem Vorwande, daß er kein Bürger hiesiger Stadt sey, zu verbiethen. Wann nun aber solcher Vorwand ganz ungegründet und Implorant allerdings ein Bürger dieser Stadt ist; als siehet er sich, wider selbige zu klagen, gemüßiget. Fordert demnach von Imploraten eine richtige Einlassung und bittet alsdenn zu erkennen:

Daß Implorant vor einem Bürger hiesiger Stadt zu halten, derowegen Imploraten ihm das Bier brauen und schänken, so wie auch alle andere gemeine bürgerliche Nahrung, zu verstatten schuldig.

Siehe auch mein praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 187 bis 190; ingleichen §. 225 bis 229.

k) Zum Exempel: Implorantische Bürgerschaft der hiesigen Stadt kann klagend vorzustellen nicht Umgang nehmen, daß Implorat, ungeachtet er ein Bürger dieser Stadt ist, und darinne wohnet, auch seine bürgerliche Nahrung, gleich andern Bürgern, treibet, dennoch der Contributionen und anderer bürgerlicher Beschwerungen, un-

 ter

plorat den Zustand habe, von dessen Verbindlichkeiten er frey seyn will. *Contraria* aber wird sie zugleich genennet, weil sie gegen des Imploratens Besitz der Befreyung von den Verbindlichkeiten des Zustandes angestellet wird. Im zweyten Falle aber, da er sich nicht in dem Besitze der Befreyung von den Verbindlichkeiten des Zustandes befindet, sondern selbige vielmehr zeithero geleistet hat, und daß also sein Gegner, zum Exempel, der Stadtrath, die Leistung dieser Verbindlichkeiten von ihm zu fordern in Besitze ist, kommt seinem Gegner die Possessorienklage zu statten (§. 2), und er muß nachhero, da sein Gegner in dem Besitze geschützet worden, wider diesen eine Petitorienklage anstellen. Diese ist die schlechthin verneinende Präjudicialklage oder die so genannte *actio praejudicialis negatiua directa* l). Diesen Beynahmen, *directa*, hat sie blos zum Unterschied von der actione praejudiciali negatiua contraria (§. 2).

§. 4.

ter dem Vorwande, daß er kein Bürger sey, sich entziehet, und dadurch verursachen will, daß den andern Bürgern sein Theil mit übertragen werden soll. Wann nun aber derselbe, wie gedacht, allerdings ein Bürger der hiesigen Stadt ist, und sich dahero auch der bürgerlichen Lasten in selbiger nicht entziehen mag; als wird von ihm Einlassung auf gegenwärtige Imploration gefordert, mit Bitte nachhero in Rechten zu erkennen und auszusprechen:

Daß Implorat vor einen Bürger der hiesigen Stadt zu halten, und dahero, gleich andern Bürgern, die bürgerlichen Beschwerungen mit zu übernehmen schuldig.

l) Zum Beyspiel dienet folgendes Formular von einer *actione ciuitatis negatiua directa:* Implorant kann zwar nicht in Abrede seyn, daß er in letzterm teutschen Kriege sich von Meina in hiesige Stadt begeben, und, bey Gelegenheit der über die Bürger gekommenen Kriegeslasten, auch die bürgerlichen Beschwerungen mit übernommen. Es ist aber solches blos aus Mitleidenheit, keinesweges aber um hiedurch ein Bürger dieser Stadt zu werden, geschehen. Wann nun also Implorant gleich kein Bürger dieser Stadt ist, auch keine bürgerliche Nahrung in selbiger treibet, sondern nur blos gegen ein Schutzgeld sich ferner darinne aufzuhalten gedenket, gleichwohl der hiesige Magistrat von ihm die bürgerlichen Beschwerungen als einem Bürger erpresset; als siehet er sich wider selbigen zu klagen gemüßiget, und erwartet wie er sich auf gegenwärtige Imploration, gehörig einlassen werde, mit Bitte, nach dessen Erfolg, zu erkennen:

Daß Implorant für keinen Bürger dieser Stadt zu halten, derowegen denn auch imploratischer Stadtrath ihn mit allen Beschwerungen eines Bürgers zu verschonen und ihm ferner, gegen ein bloses Schutzgeld, allhier einen Aufenthalt zu gestatten schuldig.

Siehe auch mein praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 191 bis 195; ingleichen §. 230 bis 234.

§. 4.

Gesetzt also, daß Jemand einen Zustand durch eine unter einer suspensivischen Condition geschehenen Aufnahme erhalten, und diese Bedingung gelangt nachhero zu keiner Würklichkeit, so darf er sich auch die Rechte des Zustandes nicht länger anmassen. Denn in solchem Falle, da die Bedingung ermangelt, hat er nicht mehr den Zustand und also auch nicht die demselben entsprechenden Rechte. Will er nun dahero in Güte nicht davon abstehen so kann ihn derjenige, welcher ihm unter der Bedingung den Zustand verwilliget hat, *actione praejudiciali negatiua contraria* deshalb belangen (§. 2.). Dieses erläutert folgender zu L** im Jenner 1776 vorgekommener

Rechtsfall.

Ein Mensch, Nahmens Hofmeister, welcher eine Zeitlang bey einer Compagnie als Feldscherer gedienet hat, meldet sich in einer Stadt bey der chirurgischen Amtsgenossenschaft mit der Bitte, daß sie ihn in ihre Zunft aufnehmen möchte. Er zeigt seinen Lehrbrief und Kundschaft vor, erbiethet sich auch die Receptionsgelder zu entrichten.

Die Zunft nimmt ihn gegen Empfang dieser Receptionsgelder auf, und verstattet ihm die chirurgische Praxin, jedoch unter der ausdrücklichen Bedingung, wenn er seinen ehrlichen Abschied von dem Regimente oder Regimentschirurgo, unter welchem er zuletzt gedienet, in kurzer Zeit beybringen, und sodann sich nicht nur examiniren lassen, sondern auch das Wundarzeneyprobestück verfertigen würde. Welches er auch zu thun verspricht.

Er treibt darauf die Chirurgie in der Stadt, und hängt zu dem Ende seine Becken mit der Stange aus. Allein er erfüllt sein Versprechen nicht, und die Zunft erfährt, daß er, nach dem von dem Regimentsobristen erhaltenen sechswöchentlichen Urlaube, sich bey dem Regimente nicht wiederum eingefunden, sondern aussen geblieben, und dabey zugleich seine Montirung und das Handgeld und die zum Voraus auf etliche Tage erhaltene Gage behalten, weshalb er als Deserteur in den Listen eingeführet wäre, und sein Nahme, woferne er das Geld vor die Montirung, und was er sonst empfangen, nicht selbst überbrächte, an den Galgen geschlagen werden würde.

Die Zunft will ihm dahero nicht länger die Ausübung der Chirurgie in der Stadt vergönnen, und, weil er in Güte davon nicht abstehet, sondern sich auf seine Aufnahme und Besitz beziehet, so klaget sie wider ihn actione praejudiciali negatiua contraria, mit Bitte:

> Den Beklagten mit Bestimmung einer kurzen Frist aufzugeben, daß er sich durch Production seines erhaltenen ehrlichen Abschiedes gehörig legitimire, sodann sich examiniren und in unser Amt rechtlicher Gebühr nach, sich aufnehmen lasse, widrigen Falls aber gewärtige, daß ihm seine bisher widerrechtlich getriebene Praxis verbothen und sein angemaßter Gebrauch eines Schildes eingezogen und abgenommen werden solle, mit Erstattung der verursachten Proceßkosten.

Beklagter konnte nicht leugnen, daß er unter den in der Klage gedachten Vorbehalt in ihre Zunft aufgenommen worden wäre. Dahero wurde er gebethener masen von dem Jenaischen Schöppenstuhle condemniret, und ihm zu Beybringung seines ehrlichen Abschiedes eine sechswöchentliche Frist gesetzet.

Hätten Klägere ihm bey seiner Aufnahme gleich eine bestimmte Frist zu Beybringung seines Abschiedes gesetzt gehabt, so hätten sie nach deren Ablauf, da er den Abschied nicht beygebracht, gleich um seine Ausschliessung von ihrer Zunft schlechthin nachsuchen können. Da sie ihm aber nur eine unbestimmte kurze Frist, vorgeschrieben, so konnten sie nicht anders, als wie geschehen, ihre Bitte einrichten.

So dient auch ferner zur Erläuterung folgender

Rechtsfall.

Es stirbt ein Ehemann und hinterläst eine schwangere Frau, welche nach seinem Tode ein lebendiges Kind binnen der gesetzmäsigen Zeit, nämlich noch vor Ausgang des zehenden Monates m), zur Welt bringet. Es wird dem Kinde von den Anverwandten seines angeblich verstorbenen Vaters die Kindschaft geleugnet. Sie sagen, es sey ein ehebrecherisches Kind. Allein es wird selbiges, wegen der rechtlichen Vermuthung, so es vor sich hat,

m) *l. 3. §. 11. D. de suis et legit. hered.*

hat, ex edicto Carboniano in den Besitz der väterlichen Erbschaft immittiret n). Nach erlangter Pubertät des Kindes stellen des verstorbenen Ehemannes Anverwandten wider selbiges eine Petitorienklage an o). Selbige ist die actio filialis negatiua contraria, weil sie dem Kinde, welches sich in dem Besitze der Kindschaftsrechte in Ansehung seines verstorbenen angeblichen Vaters befindet, den Filiationszustand leugnen, um selbiges von sothanen Rechten der Kindschaft auszuschließen (§. 2). Sie bedienen sich zum Beweise des wegen der Nichtkindschaft des Beklagtens angezogenen Umstandes, daß nämlich derselbe in Ehebruch erzeuget worden, der Eydesdelation. Es wurde darüber gestritten, ob selbige in diesem Falle zuläßig sey. Man hielte es dafür, und zwar um deswillen, weil die Gesetze demjenigen, welchem sie die Führung des Beweißes auferlegen oder gestatten, sich hierzu auch der Eydesdelation zu bedienen, verwilligen p). Wovon man eine weitere Ausführung bey dem Herrn von Berger q) nachlesen kann. Welcher zugleich die hierbey entgegen stehenden Zweifel gründlich auflöset, und hiernächst mit darthut, daß der Beklagte, Statt der Ableistung des ihm zugeschobenen Eydes, sich der Gewissensvertretung bedienen könne.

LXXXIII.

Von der Nachstellung nach dem Leben, wenn ehe selbige eine gerechte Ursache zur Ehescheidung abgiebet, und also die Divortienklage sattsam begründet.

§. 1.

Ehedessen stand man in den Gedanken, daß, wenn ein Ehegatte seinem Ehegatten nach dem Leben getrachtet hätte, dieserhalb wohl eine Scheidung von Tisch und Bette (separatio a mensa et thoro), nicht aber selbst eine Scheidung der Ehe (diuortium) vorgenommen werden könnte r). Allein neuerer Zeiten ist man von dieser Meinung abgegangen, daß man nunmeh-

n) *l. 3. §. 4. D. de carbon. edict.*

o) *l. 6. §. 6. D. de carbon. edict.*

p) *l. 25. §. 3. D. de probat.*

q) in *part. I. supplem. ad elect. disc. for. tit. XVIII. num. VI.*

r) So sind dieser Meinung unter andern gewesen IOACH. a BEVST in tract. *de iure connub. part. 2. cap. 9.* CARPZOV in *iurispr. consist. lib. 2. def. 217. num. 2.* NICOLAI in tract. *de repud. et diuort. part. 2. cap. 5. num. 30. seq.*

nunmehro wegen einer solchen Nachstellung nach dem Leben auch eine Ehescheidung für zuläßig achtet s).

§. 2.

Ob ich nun gleich ebenfalls die Gründe der alten Meinung gegen die Gründe der neuern Meinung nicht für überwiegend halte, sondern diese mir wichtiger zu seyn scheinen t); so dürfte doch in vorkommenden Fällen, nach Beschaffenheit der Umstände, nicht sogleich, der Lebensnachstellung halber, eine Ehescheidung vorzunehmen seyn. Ich bemerke zuförderst das die Nachstellung nach dem Leben (insidiae vitae structae) in solchen thätlichen Handlungen bestehet, wodurch man vorsätzlicher Weise den Andern ums Leben zu bringen getrachtet, ihn aber würklich nicht des Lebens beraubet hat.

§. 3.

Soll nun ein Ehegatte in Ansehung seines Ehegattens des Verbrechens der Nachstellung nach dem Leben schuldig werden, so ist, wenn dieses eine gerechte Ursache zur Ehescheidung abgeben soll, erforderlich

1) Daß derselbe den Vorsatz, oder die bösliche Absicht seinen Ehegatten zu ermorden, gehabt habe. Dahero wenn er nicht aus Vorsatz, sondern in der grösten Betrunkenheit, oder in der größten Hitze

s) STRYK in *vsu mod. pand. lib.* 24. *tit.* 2. §. 9-46. IVST HENNING BOEHMER in *iure eccl. prot. tom. IIII. tit. XVIIII. §. XXXI.* und in seiner *doctr. de action. sect.* 2. *cap.* 1. §. 42. TITIVS in der Probe des teutsch. geistl. Rechts, *lib.* 4. *cap.* 6. §. 20. Fleischer in der Einleit. zum geistl. Rechte, 1 B. 10. Cap. §. 19. LEYSER *spec.* 316. *med.* 2. PVFENDORF in *obseru. iur. uniu. tom.* 1. *obs.* 160. §. 28. GEORG. LVDW. BOEHMER in *princ. iur. can.* §. 408.

t) Der in der nächst vorhergehendem Note gedachte Stryk hat in der angezogenen Stelle besonders die Gründe der alten Meinung, daß nämlich, der Lebensnachstellung wegen, nur eine Scheidung von Tisch und Bette statt finde, in §. 9. bis 23 ausführlich angezeiget, sodann in §. 24 bis 34. die gegenseitige neuere Meinung, daß nämlich, solcher Lebensnachstellung halber, eine Ehescheidung zuläßig sey, darzuthun, und endlich §. 35 bis 46 die Gründe jener alten Meinung zu widerlegen gesucht. Es hat zwar WERNHER in *sel. obs. for. tom.* 1. *part.* 4. *obs.* 6. dem Stryk sich entgegen gesetzet, allein seine Gründe sind der Ehescheidung, wegen mehrgedachter Ursache nicht schlechterdings entgegen.

Hitze des Zorns gehandelt hat, so kann solches eigentlich für keine Lebensnachstellung geachtet werden. Denn ein höchst besoffener Mensch, oder welcher sich in der grösten Hitze des Zorns befindet, ist des Gebrauchs seines Verstandes und der Vernunft beraubt, und also eine bösliche Absicht mit freyer Ueberlegung zu fassen, nicht im Stande. Weshalb denn auch eine Ehefrau, welche durch ihre häußlichen Vergehungen ihren Mann in Zorn setzet, daß selbiger mit gefährlichen Werkzeugen und zwar wohl gar mit den Drohworten, sie tod zu schlagen, auf sie zufähret, aber gar nicht die Absicht, sie zu tödten, gehabt hat, sondern, sie nur aus eheherrlicher Gewalt etwas zu züchtigen, Willens gewesen ist, diese That und die ihr etwa zugefügten Schläge und Verwundungen für keine Nachstellung nach ihrem Leben halten mag. Bey solchen Handlungen kann der daraus entstehenden großen Feindschaft halber zwar allenfalls eine Scheidung von Tisch und Bette, aber keine Ehescheidung geschehen.

2) Daß er solche Handlung unternommen, woraus der Verlust des Lebens entspringen können. Deren Beurtheilung von dem klugen Ermessen des Richters abhänget. Zum Exempel, daß er deshalb einen Dolch mit sich ins Bette genommen, daß er deshalb eine Speise oder ein Getränke vergiftet. Hingegen so mag das Treten mit dem Fuße, das Maulschellen geben nicht schlechterdings dahin gerechnet werden. Dieses sind gemeiniglich nur Sävitien. Derentwegen allenfalls wohl eine Scheidung von Tisch und Bette, aber keine Ehescheidung vorgenommen werden mag.

3) Daß die Nachstellung aus thätlichen Handlungen bestanden. Denn blosse Worte bringen niemanden ums Leben. Dahero wurde die Ehescheidung vergeblich verlangt, welche einstmalen eine Ehefrau gegen ihren Ehemann um deswillen suchte, weil letzterer gegen sie folgende bedrohlichen Worte: diese oder jene Nacht soll deine letzte seyn; ferner, wenn du dich nicht zu mir legest, so sollst du sehen, was für ein Unglück enstehen soll, dergleichen in der Stadt noch niemals geschehen: geführet hätte. Denn es stand noch dahin, ob er solches im Ernst gemeinet. Ja gesetzt auch, daß er, etwas böses auszuführen Willens gewesen, so hatte er es doch würklich nicht gethan, sondern er war von seinem Vorsatze wieder abgegangen, daß es also zum Verbrechen der

Nach-

Nachstellung nach dem Leben nicht gekommen u). Die blose Furcht vor der Lebensnachstellung ist keine gerechte Ursache, weshalb die Ehe gänzlich geschieden werden kann x).

4) Daß die Handlungen die Beraubung des Lebens, nicht aber blos der Ehre, oder des Vermögens zum Endzwecke gehabt. Denn dieser beyden letzten Handlungen wegen, mag zwar wegen der daraus entstandenen Todfeindschaft eine Scheidung von Tisch und Bette, aber keine Ehescheidung geschehen y).

5) Daß wegen der geschehenen Nachstellung nach dem Leben gar keine Versöhnung zwischen beyden Eheleuten zu hoffen stehet. Sollte sich also eine Hofnung zur Versöhnung hervor thun, so ist der Lebensnachstellung wegen nicht gleich eine Ehescheidung, sondern erst, nach fruchtlos versuchten obrigkeitlichen Zureden, eine Scheidung von Tisch und Bette vorzunehmen. Als zum Exempel, der schuldige Theil bezeiget über seine That eine große Reue, er bittet den unschuldigen Theil um Vergebung; es soll niemalen wieder geschehen; oder die Nachstellung ist blos wegen des Ehegattens bösen Aufführung unternommen worden, und man hat Hofnung, daß sich dieser bessern, und der Andere sodann, demselben nach dem Leben zu trachten, sich gar nicht in den Sinn kommen lassen werde.

Rechtsfall.

Eine Ehefrau stellte wider ihren Ehemann die Divortienklage an. Sie begründete selbige mit folgenden Handlungen, daß derselbe mit einer liederlichen Weibesperson umgienge, welche ihr, auf sein Veranstalten, schimpflich begegnete; er brächte ihr Vermögen durch; er hätte sich mit gefährlichen Werkzeugen unter den Drohworten, sie tod zu schlagen, an ihr vergriffen, sie damit geschlagen, zu anderer Zeit mit dem Kopfe gegen die Wand gerennet, und jedesmalen dadurch sehr verwundet. Das Consistorium suchte darauf beyde Theile durch alle dienliche Vorstellung mit

u) Siehe *l. 19. pr. D. de lege Cornel. de falſ.* GOEDDAEUS in *l. 225. D. de verb. signif. num. 10.* am Ende.

x) Siehe STRYK in *vſu mod. pand. lib. 24. tit. 2. §. 48.*

y) RICHTER *Vol. 1. part. 5. conſil. 17. num. 9.* STRYK in *vſu mod. pand. lib. 24. tit. 2. §. 49.* ENGAU in *deciſ. part. 3. ſect. 2. deciſ. 33.*

mit einander zu versöhnen. Allein selbige wollte nicht fruchten und der Mann warf seiner klagenden Fraue vor, daß sie an aller Uneinigkeit Schuld wäre, indem sie ihm verächtlich begegnete und sich des Hauswesens gar nicht annähme. Er wurde darauf, sich auf ihre Imploration einzulassen, unter der Verwarnung, daß er sonst deren für geständig und überführt geachtet werden sollte, angewiesen. Allein er war, ungeachtet seine Fraue ihn nochmalen zur Einlassung provocirte, ungehorsam. Sie contumacirte ihn und bath, nunmehro, ihrem Implorationsgesuche gemäs, wider ihn zu erkennen.

Allein es wurde nach J** im Julius 1776. folgender masen gesprochen.

Urthel.

Auf wiederhohlte Imploration und Provocation, geschehene Ungehorsamsbeschuldigung D. R. verehligten G**, Implorantin an einem, ihres Ehemannes J. C. G**, Imploratens am andern Theil, s. u. i. d. d. c. A. n. e. F. z. u. d. u. Rb. g. w. s. w. v. R.

Daß Implorat der *fol. act.* 5. *seqq.* erhobenen Imploration und der *fol. act.* 15. *seqq.* geschehenen Provocation für geständig und überführet zu achten. Derowegen Implorat der Implorantin alle durch diesen Proceß verursachten Unkosten, nach vorgängiger deren Liquidation und richterlicher Ermäsigung, zu erstatten schuldig. Es hat aber der Implorantin auf eine gänzliche Ehescheidung gerichtetes Suchen noch zur Zeit nicht Statt, sondern es wird, zwischen beyden Theilen eine Versöhnung hervorzubringen, nochmals angelegentlichst versuchet, und ihnen, sich friedlich, als christlichen Ehelenten zu thun oblieget, gegen einander zu begegnen, nnd besonders Implorantin, Imploratens Haußhaltung treulich vorzustehen, Implorat hingegen, der Imploratin treu zu seyn und ihr durch Verachtung und harte Begegnungen an ihrer Ehre und Leibe ferner hin nicht zu schaden, ernstlich zugeredet. Im Fall aber durch sothane Vorstellung und Vermahnung eine Aussöhnung zwischen beyden Eheleuten nicht zu erlangen, so ist Implorantin von Tisch und Bette auf ein Jahr lang zu sondern, auch Implorat der Implorantin wöchentlich etwas gewisses, nach

 richter-

richterlichen Ermessen, zu reichen, oder selbiger ihr Eingebrachtes, daferne solches hierzu auslangen sollte, auszukehren verbunden. V. R. W.

LXXXIIII.

Von einer für unstatthaft erkannten Divortienklage, obgleich die klagende Ehefrau ihre Bedingungsweise gethane Condonation widerrufen, ehe noch ihr ehebrecherischer Ehemann selbige ausdrücklich angenommen gehabt.

§. 1.

Ich habe bereits in dem §. 2 der LXV sten Betrachtung bemerkt, daß der Gläubiger, wenn die Remission einer Schuld von ihm auf eine vorgängige Bitte seines Schuldners, oder eines Andern in dessen Nahmen, geschehen wäre, alsdenn, ohne weitere ausdrückliche Acceptation seines Schuldners, die Remission der Schuld gelten zu lassen vollkommen verbunden, und also auch, bey dem Mangel einer solchen nochmaligen Acceptation, die Schulderlassung zu widerrufen nicht berechtiget sey. Der daselbst angezeigte Grund, warum dieser Widerruf nicht geschehen kann, weil nämlich der Schuldner durch die in seiner vorgängigen Bitte bereits stillschweigend liegenden Acceptation der darauf erfolgten Schulderlassung ein vollkommenes Recht erhalten, läst sich auch bey Eheleuten, wenn eine ausdrückliche Condonation vorhanden, ebenfalls zur nützlichen Anwendung bringen.

§. 2.

Es bestehet aber gedachte ausdrückliche eheliche Condonation oder Verzeihung in der Erklärung eines Ehegattens, wodurch er seinem Ehegatten, welcher die eheliche Treue durch einen mit einer andern Person verübten unzüchtigen Beyschlaf gebrochen, diesen Fehler vergiebet, daß er ihn ferner in sein Ehebette aufzunehmen verspricht z).

§. 3.

z) LEYSER in *medit. ad Pand. spec.* 313. *med.* 9.

§. 3.

Diese Condonation geschiehet nun entweder auf eine des ehebrecherischen Ehegattens, oder eines Andern in dessen Nahmen, deshalb an den beleidigten Ehegatten gethane Bitte, oder ohne selbige. Ist das erstere, so erlangt der ehebrecherische Ehegatte gleich unmittelbar nach der geschehenen Condonation hiedurch ein vollkommenes Recht von dem beleidigten Ehegatten zu fordern, daß dieser ihn ferner bey sich aufnehme. Dahero denn auch der unschuldige Ehegatte die Condonation nach der Zeit nicht widerrufen und wider den schuldigen Ehegatten nicht annoch die Ehescheidungsklage anstellen kann a).

§. 4.

Ist hingegen das zweyte, daß nämlich die Condonation ohne alle vorgängige Bitte von selbst aus freyen Stücken von dem unschuldigen Ehegatten geschehen, so kann der schuldige Ehegatte, woferne nicht ein anderes durch besondere Gesetze b) oder Gewohnheiten eingeführet ist, nur erst durch eine Acceptation, die er selbst, oder ein Anderer in seinem Nahmen vor ihm, verrichtet, ein vollkommenes Recht auf den beleidigten Ehegatten, selbigen bey seinem Worte zu halten und von ihm die fernere eheliche Aufnahme zu erzwingen, erhalten. Denn in den gemeinen Rechten ist kein Gesetz vorhanden, worinne verordnet wäre, daß alsdenn durch die blose Condonation der beleidigte Ehegatte seines durch ganz einseitigen Willen sich begebenen Rechtes dergestalt verlustig werden sollte, daß er sich der Verzeihung auch annoch vor des ehebrecherischen Ehegattens Acceptation nicht einseitig wieder sollte gereuen lassen können c). Also bleibt es bey dem Rechte der Natur, nach welchem man vor des Andern Acceptation an sein Versprechen nicht gebunden ist. Dahero wenn der beleidigte Ehegatte zu der Zeit, ehe noch der ehebrecherische Ehegatte auf irgend eine Art, weder ausdrücklich noch stillschweigend, indem er

a) LYNCKER *decis. MCCXII.*

b) Wovon BOEHMER in *medit. in const. crim. Carol. ad art.* 120. §. 13. das *ius prutenicum lib.* 6. *tit.* 7. *art.* 1. §. 4. anführet.

c) Der *l.* 15. §. 5. *D. ad leg. Iul. de adult.* ist hieher nicht zu ziehen. Denn selbiger redet von einer Anklage des ehebrecherischen Eheweibes, daß zu selbiger alsobald ein extraneus zuzulassen sey, wenn ihr Vater und Ehemann, binnen 60 Tagen solche vorzunehmen, sich geweigert hätten. Jener schließt alsdenn diese von der Accusation aus. Fortius enim dicitur, fügt Vlpianus hinzu, eum, qui se negauerit acturum, postea non audiendum.

auf erhaltene Nachricht nicht widersprochen, die Condonation acceptiret hat, diese widerruft, so ist selbige alsdenn für nicht geschehen zu achten, und der unschuldige Ehegatte kann sich alsdenn annoch seines Rechtes wegen des Ehebruchs eine Divortien- oder Ehescheidungsklage wider seinen ehebrecherischen Ehegatten bedienen. Zu Ehren des Ehestandes wider Willen des beleidigten Ehegattens eine Annahme der Condonation als geschehen zu erdichten, finde ich keinen rechtlichen Beruf. Vielmehr schlagen hier eben die rechtlichen Gründe ein, welche ich bereits oben §. 3. u. f. Num. LXV. vorgetragen habe.

§. 5.

Es meint zwar Carpzov d) und nach ihm Kreß e), welchem neuerer Zeiten auch andere beypflichten f), daß eine einmal erfolgte Remission unter keinen Umständen aufgehoben werden könnte; allein die Gründe des Carpzovs welche er aus dem in der vorhin in der Note c) angezogenen l. 15. §. 5. D. ad leg. Iul. de adult. und von einem Vergleiche, wie auch von einer Schenkung hergenommen, lassen sich auf eine ganz einseitig geschehene Condonation nicht anwenden, und der von Kressen angegebene Grund scheint mir nicht viel besser zu seyn. Denn selbiger ist: durch den Ehebruch wäre, den Rechten nach, die Ehe aufgehoben worden. Durch die Remission würde die Ehe den Rechten nach redintegrirt. Eine redintegrirte oder wieder hergestellte Ehe aber könnte nicht durch den Willen der Privatpersonen, und also weder von den unschuldigen, noch von dem schuldigen Ehegatten, wiederum getrennt werden. Diesem setze ich aber folgendes entgegen. Erstlich, es wird ohne Beweiß behauptet, daß durch den Ehebruch, schon den Rechten nach, die Ehe aufgehoben worden sey. Ich sollte meynen, sie könnte nur auf Nachsuchen des beleidigten Ehegattens, wegen des Ehebruchs aufgehoben werden. Denn sonst würde die Obrigkeit auch wider dessen Willen die Ehe wegen eines Ehebruchs für nichtig erklären können, wenn selbige schon durch den Ehebruch, den Rechten nach, aufgehoben worden wäre. Welche Nichtigkeitserklärung aber, nach dem neuern Rechte, sich keine Obrigkeit anmasen wird. Kann also die Ehe nur wegen des Ehebruchs auf

d) in *pract. rer. crim. part.* 2. *qu.* 55. *num.* 79.

e) *comment.* in *constit. crimin. Car. ad art.* 120. §. 4. *not.* 1.

f) Als BOEHMER in *medit. in const. crim. Carol. ad art.* 120. §. 13. QVISTORP in Grundś. des teutsch. peinl. Rechts §. 465. Rostock 1776.

auf Nachsuchen des unschuldigen Ehegattens, ausgehoben werden; so muß dieser auch, so lange der schuldige Ehegatte die Condonation noch auf keine Art acceptirt gehabt, selbige widerrufen und sich seines Rechtes wegen des Ehebruchs wider den ehebrecherischen Ehegatten bedienen können. Zweytens, daß die Ehe durch die Remission, den Rechten nach, redintegriret würde, solches läßt sich schwerlich von jeder Remission bejahen. Denn zur Erneuerung einer Ehe gehört beyder Theile Willen. Ist aber die Remission eine blose Remission, so ermangelt annoch auf Seiten des schuldigen Ehegattens die Einwilligung. Es kann seyn, er ist mit der Condonation nicht zufrieden, sondern widerspricht derselben. Und da muß Kreß selbst in der angezogenen Stelle gestehen, daß auch alsdenn die Condonation des unschuldigen Ehegattens dem schuldigen zu keiner Milderung der Strafe diene. Denn diese geschehe nur dem Ehestande zu Ehren, weil beyde Theile künftig wiederum einander ehelich beywohnen wollten. Es ist ferner nicht ausser Acht zu lassen, daß Justinianus, welcher durch die Novelle 134, cap. 10 die Strafe des Ehebruchs wegen der Intercession des unschuldigen Ehegattens zu mildern, Gelegenheit gegeben, daselbst dem Ehemanne nur das Recht verwilliget, nicht aber die Verbindlichkeit auferlegt, sein ehebrecherisches Eheweib zu recipiren, und zu verlangen, daß sie ihm copulirt werde. Dieser wird aber durch keine blosse ohne Acceptation geschehene Verzeihung des Ehebruchs zu wege gebracht.

Rechtsfall.

Ein Ehemann begehet in der Stadt E** mit einer ledigen Dirne einen Ehebruch. Er begiebt sich mit ihr an einen auswärtigen Ort nach G**. Daselbst werden sie aber beyde in Verhaft und Untersuchung ihres Ehebruchs gezogen. Sie sind dessen auch beyde geständig, daß sie darauf deshalb zur Strafe gezogen werden sollen. Der Ehebrecher läßt durch seinen Vater und andere Personen sein Eheweib bitten, daß sie ihm seine begangene Untreue vergeben möchte. Sein Eheweib wird auch hierzu bewogen, und sie erkläret sich vor ihrer Obrigkeit, unter welcher ihr Ehemann den Ehebruch begangen, auf Requisition des Richters der ihren Mann inhaftiren lassen, gerichtlich mit ihren rechtlichen Beystande und Curator, daß sie ihrem Ehebruchs halber inhaftirten Ehemanne, wegen des mit der G** begangenen Ehebruchs, zu condoniren und ihn wiederum zu sich zu nehmen, entschlossen sey, wenn derselbe, sich künftighin

besser aufzuführen, sie vor gut zu halten uud von dem zeitherigen bösen Leben gänzlich abzustehen, versprechen würde. Ehe aber noch vier und zwanzig Stunden verstreichen, und ehe noch der requirirende Richter Nachricht davon bekommt, auch ehe noch ihr Mann diese Condonatoin ausdrücklich angenommen hat, übergiebet sie gerichtlich eine von ihr und ihrem Curator eigenhändig unterschriebene Schrift, oder, wie es genennt worden, einen Receß, worinne sie die ihrem Manne wegen des begangenen Ehebruchs obbemeldeter Masen von ihr geschehene Condonation und Erklärung, daß sie nämlich denselben als ihren Mann wiederum annehmen wolle, ausdrücklich widerrufet. Nach dessen Erfolg, reicht sie wider ihren Mann eine Ehescheidungsklage ein. Welche sie hauptsächlich mit dem von ihm begangenen Ehebruche und neben her zugleich mit einer böslichen Verlassung begründet. Ihr Mann, der Implorat, welcher darauf Nachricht von ihrer Condonation bekommen, sucht sich darwider mit der Einrede des von ihr ihm erlassenen Ehebruchs zu schützen. Darwider sie aber den zuvorgedachten Widerruf ihrer Condonation zur Replic gebrauchet, und die Unverbindlichkeit der geschehenen Remission mit mancherley Gründen herauszusetzen sich bemühet. Während dessen trägt sich es nun aber auch zu, daß ihr Ehemann, welcher zu ihr zurück kehren wollen, unterweges von dreyen Werbern aufgehoben und ausserhalb Landes geführet wird. Die Acten werden hierauf an die hiesige Juristenfacultät geschickt. Und selbige ertheilet in August 1776 über diese Sache nach E** folgendes

Urthel.

Auf geschehene Imploration, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen J. M. G**, einer K**, Implorantin an einem, J. C. G**, Imploratens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. A. n. e. F. z. u. d. u. Rb. g. w. s. w. v. R.

Daß der Implorantin Suchen nicht Statt hat, jedoch werden die auf diesen Proceß verwandten Unkosten hiermit billig gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Implorat, nachdem er mit der J. C. G. zu G** inhaftiret worden, bey seinem Verhör, juxt fol. act. 18 b, ausdrücklich eingestanden, daß, da gedachte G** ihm immer sehr artig und freundlich begegnet,

gegnet, er sich dadurch bethören lassen, daß er dieselbe lieb gewonnen und mit ihr zu verschiedenen malen auf ihrem Bette Unzucht und Ehebruch dergestalt getrieben, daß er sein männliches Glied in ihre Scham gebracht und seinen Saamen in ihren Leib lauffen lassen, mithin der würkliche Thäter ihrer Schwängerung sey, und sich als ein Ehemann gar gröblich vergangen habe; sowohl mehrerwähnte G**, dieses mit Imploraten begangenen Ehebruchs fol. act. 16. ebenfalls geständig gewesen; ein Ehebruch aber, bekannten Rechten nach, eine hinreichende Ursache abgiebet, weshalb der unschuldige Ehegatte, welcher durch den Ehebruch beleidiget worden, die gänzliche Trennung der Ehe verlangen kann; dahero denn auch die auf solche Ursache dermalen hauptsächlich gegründete Imploration um so mehr für zuläßig zu achten seyn möchte, als überdem Implorat sothane G**, als selbiger, wegen ihres ärgerlichen Lebenswandels, sich von E** hinweg zu machen, anbefohlen worden, auf seiner Cariole nach G** gefahren und selbst mit Verlassung der Implorantin, seines Eheweibes, dahin zu ziehen Willens gewesen, er aber wegen seines Ehebruchs daselbst, wie gedacht, mit der G** in Verhaft gezogen worden; hierauf es auch ferner juxt. fol. act. 54 geschehen, daß, als man ihm endlich, nach einem großen Geldaufwande seines Vaters, des Arrestes entlassen, derselbe zu seinem Vater nach Mühlhausen sich gewendet, und von da mit einem Bothen nach Erfurth wieder zu gehen zwar gesonnen gewesen, unter Weges aber von dreyen zu Mühlhausen liegenden Königl. preußischen Werbern aufgehoben und als ein Recroute nach Schweidnitz gebracht worden ist; von wannen er schwerlich wieder zurück kommen mochte; weshalb die Implorantin nun auch überdem anführet, daß sie also zugleich als eine böslich verlassene Ehegattin anzusehen sey, welcher, als einer annoch jungen Frau, in einem beständigen ehelosen Zustande unverschuldeter Weise zu leben, nicht zuzumuthen wäre; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. die Implorantin ihre Ehescheidungsklage juxt. fol. act. 1. am 14 den November 1775 gerichtlich überreicht, und fol. act. 44 b. seq. eingestanden, daß sie, auf bewegliches Bitten ihres Mannes Vaters und anderer von ihrem Manne angestellt gewesenen Personen, sich dahin überreden lassen, daß sie bereits am 16 den September eben des Jahres mit ihrem rechtlichen Beystande und Curator vor Gericht erschienen und sich dahin erkläret habe, wie sie sich entschloßen, ihrem zu G**, Ehebruchs halber,

halber, inhaftirtem Ehemanne, wegen des mit der S** begangenen Ehebruchs zu condoniren und solchen wiederum zu sich zu nehmen, wenn derselbe, sich künftighin besser aufzuführen, sie vor gut zu halten und von dem zeitherigen bösen Leben gänzlich abzustehen, versprechen würde; folgbar Implorantin schon vor erhobener Imploration sich ihres Rechtes, wegen des von ihrem Manne begangenen Ehebruchs auf eine Ehescheidung zu klagen, begeben hat; und also aus dem Grunde wider ihn die Ehescheidungsklage nachhero, da sie durch sothane Erklärung den Regreß zu dem entsagten Rechte bereits verlohren gehabt g), nicht annoch anstellen mögen; und ob zwar die Implorantin gegen ihre zuvorgedachte Remission oder Condonation anführet, daß 1) selbige nur um deswillen geschehen, weil iuxta fol. act. 13. das Herzogliche Amt zu Gotha die churmaynzische Gerichte zu E** ersuchet, sie, die Implorantin, darüber, ob sie mit Genehmigung ihres Curators ihrem inhaftirten Ehemanne den begangenen Fehler verzeihen, ihn wieder auf und annehmen, auch künftighin ihm ehelich beywohnen wolle? zu befragen; hierauf aber ihre obige Erklärung eines Theils nicht zu Gotha vor dem requirenden, sondern zu Erfurth vor dem requirirten Gerichte, andern Theils nicht in der Mase, daß sie zugleich ihrem Manne künftighin ehelich beywohnen wolle, worauf doch zugleich die Requisition gerichtet, und, nach der Meinung des Carpzows h), erforderlich gewesen, geschehen wäre; dritten Theils sie sothane ihre Erklärung nur bedingungsweise gethan hätte, selbige aber von ihrem Manne nicht erfüllt worden sey, und sie dahero auch an die Remission nicht gebunden wäre i); sodann 2) sie sothane Erklärung, nach dem gerichtlichen Attestat sub zz fol. act. 53, gleich des andern Tages, ehe noch der requirirende Richter davon benachrichtiget worden, und ehe noch ihr Mann selbige acceptiret, in einem von ihr und ihrem Curator eigenhändig unterschriebenem eingereichtem Recesse dergestalt zurückgenommen, daß sie in selbigem die ihrem Manne wegen des begangenen Ehebruchs obbemeldeter Masen von ihr geschehene Condonation und Erklärung, daß sie denselben als ihren Mann wiederum annehmen wolle, aus-

g) Ad iura renunciata non datur regressus *l. 4. C. de pact. c. 3. X. de renunciat.*

h) *in pract. rer. crim. part. 2. qu. 55. num. 79. in verbis:* eique remiserit ac in posterum illi cohabitare pollicitus fuerit. und *num. 116. seq.*

i) BOEHMER *in iure eccl. prot. tom. IIII. lib. IIII. tit. XVIIII. §. XXIX. pag. 348.* ENGAV *in decis. part. 3. sect. 2. decis. 29. num. 1. pag. 305.*

ausdrücklich widerrufen hätte; welches, weil ihr Mann noch durch keine Acceptation ein Recht, sie bey ihrem Worte zu halten, erlangt gehabt, füglich geschehen und sie ihre einseitige Erklärung auch einseitig wiederum aufheben mögen k); diese Gründe jedoch sothane ihre Remißion nicht entkräften, gestalten ad 1) die Gesetze, daß dergleichen Remißion eben vor dem requirirenden Gerichte geschehe, keinesweges erfordern, sondern selbige blos zu deren Gewisheit, um dabey alle Hintergehungen zu verhüthen, nur im Gerichte vor dem Richter zu geschehen braucht l), auch bey der Condonation, daß selbige zugleich mit der Erklärung, wie er, der unschuldige Ehegatte, seinen ehebrecherischen Ehegatten künftighin ehelich beywohnen wolle, nicht nothwendig ist, masen solches, da das Gegentheil nicht zu erkennen gegeben worden, sich schon von selbst verstehet, und, nach der Meinung des Carpzovs m), nur bey einer solchen Remißion, da der unschuldige Theil zugleich ausdrücklich protestirt, daß er nämlich seinen ehebrecherischen Ehegatten künftighin nicht ehelich beywohnen wolle, diese Protestation in Ansehung der alsdenn nicht zu mindernden Strafe, zu beabsichtigen ist n); dermalen aber die Implorantin bey ihrer von ihr selbst obgedachter masen angezeigten Erklärung zugleich ausdrücklich, daß sie Imploraten wider zu sich nehmen wolle, zu erkennen gegeben hat; und ob dieses gleich bedingungsweise geschehen, dennoch, ohne zu gedenken, daß die bedingten Condonationen von einigen o), wiewohl mit Widerspruch Anderer p), für unbedingt gehalten werden, daß Implorat die angehängte Bedingung nicht erfüllen wolle, sich noch zur Zeit nicht behaupten läßt, auch Implorantin davon in ihrer Klage gar nichts gedacht hat; ferner ad 2) Implorantin oberwehnter masen selbst eingestanden, daß sie ihrem Manne, dem Imploraten, auf dessen Vaters und anderer von ihm angestellt gewesener Personen bewegliches Bitten, wegen des mit der G** begangenen Ehebruchs, zu condoniren sich bewegen lassen; Implorat auch selbst die Gerichte, juxt. fol. act. 19 b, sie zur Condonation zu disponiren, gebethen hat; ein Versprechen aber, als welches auch durch eine Condonation dahin, daß man sich

k) Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissoluere, quo colligatum est. *l.* 35. *D. de reg. iur.*

l) CARPZOV *in pract. rer. crim. part.* 2. *qu.* 55. *num.* 90.

m) *l. c. num.* 118.

n) WERNHER in *sel. obs. for. part.* 3. *obs.* 40. BOEHMER in *medit. in constit. crim. carol. art. CXX.* §. 10.

o) CARPZOV *in pract. rer. crim. part.* 2. *qu.* 55. *num.* 76 *et* 77. BERGER in *oec. iur. lib. III. tit. XI.* §. 3. *not.* 11.

p) SCHILTER *exerc. ad Pand.* 49. §. 94. WERNHER *part.* 3. obs. 40. LEYSER *spec.* 580. *med.* 24. BOEHMER *ad* CARPZOV *l. c. obs.* 5.

sich seines Rechtes wegen des Andern seines Fehlers wider ihn nicht bedienen, sondern ihm den Fehler verzeihen wolle, geschiehet, alsdenn, wenn man um selbiges vorhero angesprochen worden, schon dadurch, daß es auf eine vorgängige Bitte geschehen, vollkommen verbindlich wird, ohne daß es erst nach demselben einer Acceptation bedarf q); masen diese Acceptation schon zum Voraus in der Bitte stillschweigend mit enthalten ist, und, bey einer von Seiten des Bittenden nicht zu erkennen gegebenen Aenderung des Willens, als fortdauernd anzunehmen ist r); dahero denn auch der Promittent das Versprechen unter solchen Umständen, da dasselbe nicht ohne vorgängige Bitte und also auch nicht blos einseitig geschehen, aus dem Grunde, daß selbiges nicht alsobald darauf noch einmal von dem Andern angenommen worden, nicht widerrufen und diesem sein einmal schon mit dem Versprechen erlangtes Recht nicht wiederum entziehen mag s); und solchemnach der vor nochmaliger Acceptation geschehene Widerruf des Versprechens, da die Acceptation zu wiederhohlen, bewandten Umständen nach, unnöthig gewesen, von keiner rechtlichen Würkung seyn kann, sondern hier die Regel, daß bey dem, was man sich einmal gefallen lassen, kein weiteres Misfallen Statt findet t), völlig eintritt; als welches besonders auch in demjenigen Falle, da, wie gegenwärtig, ein Ehegatte seinem ehebrecherischen Ehegatten condoniret hat, aus Gunst gegen die Ehe, weil selbige zugleich dadurch erhalten wird, die geschehene Condonation unwiderruflich macht u); hiernächst dasjenige, was Implorantin wegen einer böslichen Verlassung gegen ihren Ehemann, den Imploraten, anführet, keine bösliche Verlassung ausmacht, masen diese darinne bestehet, daß ein Ehegatte von seinem Ehegatten vorsätzlich aus der Absicht, daß er niemals wider zu denselben zurück zu kehren und mit ihm in einem eheligen Umgange leben will, sich entfernet; dieses aber in dermaligem Falle nicht vorhanden ist, gestalten Implorantin, wie in den Zweifelsgründen bereits gedacht worden, selbst anführet, daß ihr Ehemann, nach seiner Arrestentlassung, von seinem Vater wieder nach E** zurückzukehren gesonnen gewesen, aber daran dadurch, daß ihm drey

q) *pr. et* §. 1. *I. de verbor. oblig. l.* 1. §. 2. *D. de verb. oblig. l.* 7. §. 12. *D. de pact.*

r) GROTIVS *de iure belli et pacis lib.* 2. *cap.* XI. §. 14.

s) Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam. *l.* 75. *D. de reg. iur.*

t) Quod semel placuit, amplius displicere non potest. *c.* 21. *de reg. iur. in* 6to

u) CARPZOV in *pract. rer. crim. part.* 2. *qu.* 55. *num.* 19.

drey Werber aufgehoben, verhindert worden ist; hingegen, wenn andere zur böslichen Verlassung erforderliche Umstände in der folgenden Zeit eintreten sollten, ihr deshalb, Falls sie, länger ihr Leben ohne einem Ehemann füglich nicht hinbringen zu können, dafür halten sollte, den Desertionsproceß wider ihren abwesenden Mann anzustellen unbenommen bleibet x); die auf den dermaligen Proceß verwandten Unkosten aber, weil Implorat denselben durch seine Schuld veranlasset, und die Implorantin nicht ohne wahrscheinlichen Grund gestritten hat, gegen einander zu compensiren sind: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LXXXV.

Von dem remedio ex l. fin. C. de edicto D. Adriani tollendo, besonders was ein sichtbarer Testamentsfehler, und ob bey dieser Klage, ohne den Gegentheil zu hören, gleich auf die Jmmißion zu erkennen, dabey nach Art des Executivprocesses zu verfahren, und überdem keine Rechtsmittel, welche sonst die Rechtskraft hemmen, als die Appellation oder Leuterung, Statt finden.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung, mit zwey Stücken Privatacten, sub ⊙ und A. zugeschicket und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, d. s. w. v. R.

Hat der fürstlich sächsische Hofagent, Johann Christoph Hendrich, unterm 4ten Febr. 1769 seinen letzten Willen aufgesetzet und selbigen den von der hochfürstlichen Regierung, auf geschehenes Ansuchen, abgeordneten beyden Secretairen versiegelt übergeben. Hat auch nach dessen Tode, der Stadtrath zu W** des Verstorbenen sämmtlichen Nachlaß, weil er keine Leibeserben nach sich gelassen, versiegelt. Ist auch gleich des Tages, nach des Testirers Ableben, der Aufschrift des Testaments gemäs, desselben Mutter Schwester, als seiner nächsten Anverwandtin, Rosinen Dorotheen Hindorfin, das Testament publiciret und dem Commercienrath Sattler zu Leipzig, als dem eingesetzten Universalerben, in vim publicati nach Leipzig zugefertiget und zugleich die Erfüllung desselben aufge-

x) WERNHER in *sel. obs. for. part. 4. obs. 134.*

aufgegeben worden. Ist hierauf, einige Tage nach sothaner Publication, gedachte Hindorfin mit einem Schreiben vor sich und ihre übrige Geschwister bey hochfürstlicher Regierung eingekommen, worinne sie das Testament als zu Recht nicht beständig des nächsten anzufechten und umzustosen gedrohet, und fürnämlich gebethen, daß die in dem Hendrichischen Hauße bereits noch versiegelte und unversiegelte Erbschaftseffecten auch von Regierungs wegen, so fort ohne Zeitverlust versiegelt werden möchten. Hat aber der eingesetzte Universalerbe, der fürstliche Commercienrath Sattler, mittelst eingereichter Imploration, um die Immißion in den Hendrichischen Nachlaß ex edicto D. Adr. um den Befehl wegen der Resignation an den Stadtrath nachgesuchet. Ist hierauf ein Termin zur Güte, in deren Entstehung aber, sich auf die Imploration einzulassen, angesetzt worden. Hat aber die Hindorfin und Consorten wider die Entsiegelung und Verabfolgung der Hendrichischen Nachlassenschaft protestiret, und hernach die vermeintlichen Rechtsursachen, warum das Testament für fehlerhaft und zu Recht nicht beständig zu halten sey, besonders angezeiget, jedoch bis daher die Einreichung der vorgespiegelten Klage wider das Testament unterlassen. Ist auch ferner die Immißion nicht so fort decretiret, sondern die Sache zum rechtlichen Verfahren ausgesetzt worden. Entstehen dahero folgende Fragen:

1) Ob in dem *qu.* Hendrichischen Testamente ein *vitium visibile* zu befinden?

2) Ob die angeblichen Contradicenten mit ihrem Widerspruche wider die Immißion zu hören und zuzulassen?

3) Ob nicht der Commercienrath Sattler, nach seiner Imploration und dem klaren und deutlichen Inhalte des Testaments, des gegnerischen unstatthaften Vorwendens ungeachtet, so fort auf executivische Art zu immittiren, und dabey so lange, bis der zudringliche Gegentheil ordentlicher Weise ein anderes ausführet, zu schützen?

4) Ob die gedachten Contradicenten wider die Immißion künftig mit einer Appellation, oder Leuterung, zuzulassen?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, das qu. Hendrichische Testament verschiedene Fehler zu haben scheinet, als 1) daß der Testirer gegen den Schluß desselben gedenket, wie er diesen seinen letzten Willen

bey

bey hochfürstlicher obervormundschaftlicher Landesregierung verwahrlich niedergeleget habe, und also davon, als einer bereits geschehenen Niederlegung redet, gleichwohl dieselbe erst nachhero, mittelst einer Oblation, am 27sten Febr. 1769 erfolget ist; sodann 2) der Testirer nach dem schon an 4ten Febr. 1769 gemachten Schluße des Testaments, 4 Tage hernach zu dem bereits in dem Testamente geordneten Vermächtnissen noch ein anderes Vermächtniß von 500 Rthl. unterm 8ten Febr. 1769 hinzugefüget; und also 3) das Testament noch mit einem Vermächtniße vermehret hat; auch 4) von dem Testirer, nach der Zeit und wenige Tage vor seinem Ende, gegen einen seiner guten Freunde, so ihn besuchet, die Worte: ich habe zwar ein Testament gemacht, dort liegt es, ich kann es aber nicht übergeben, weil es so nicht bleiben kann, denn ich solches in gar vielen Puncten erst abändern muß: erweislicher Masen gesprochen worden sind; sowohl 5) derselbe, wie man durch den medicum und chirurgum ebenfalls zu erweisen sich getrauet, drey Tage vor seinem Ende, schon die Schlafsucht gehabt, und, als sie ihm den 26sten Febr. Schröpfköpfe gesetzet, solches nicht einmal gefühlet hat, sondern ohne alle Empfindung gewesen ist; mithin solchergestalt die Vermuthung, daß er keinesweges, das Testament, so, wie es aufgesetzt, zu überreichen, gemeinet gewesen, vorhanden zu seyn scheinet; ingleichen 6) in dem Insinuationsprotocoll weder die Person, so im Nahmen des Testirers die Abordnung der Secretairen zur Annahme des Testaments gebethen, noch der Umstand, daß solche Person von dem Testirer selbst abgeschicket und befehliget worden sey, bemerkt zu befinden ist; woraus denn dieses, daß nicht von dem Testirer, sondern vielmehr von jemand anders und besonders von dem gegenwärtig gewesenen Bürgermeister S**, welcher wegen des so ansehnlichen seinem einzigen Sohne ausgesetzten Vermächtnisses dabey intereßiret gewesen, sothane Abschickung geschehen sey, geschlossen werden will; bevorab da 7) das Insinuationsprotocoll davon, daß der Testirer bey Ankunft der beyden Secretairen von der von ihm geschehenen Absendung und Verlangen ihrer Ankunft etwas gedacht und ihnen für ihre Ankunft seinen Dank abgestattet habe, im mindesten nichts erwehnet; wie denn auch 8) eben dieses Insinuationsprotocoll von dem Umstande, daß der Testirer bey Uebergebung des Testaments sich erkläret hätte, was masen in dem versiegelten Paquet sein letzter Wille befindlich sey, und, daß er diesen seinen letzten Willen anzunehmen und an hochfürstliche Regierung zu überbringen, und solche zu den Testamentsacten verwahrlich beyzulegen, gebethen, wie sonst bey dergleichen Testa-

menten erforderlich ist y), nichts gedenket; hierzu auch besonders 9) noch kommt, daß bey Ueberreichung des Testaments eine fremde Handlung mit eingemischt worden, indem der Testirer dabey mündlich verordnet, daß obgedachter Bürgermeister S** nach seinem Absterben, sofort aus seinem Nachlasse 200 Rthl. nehmen und seine Beerdigung aufs beste besorgen sollte; bey einem Testament aber keine fremde Handlungen eingemischt werden dürfen z); so wie auch überhaupt ein Testament, wobey die in den Rechten vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden, einen sichtbaren Fehler hat a); und ins besondere auch dahin ein gerichtliches Testament, welches nicht auf gehörige Art insinuiret worden, zu rechnen ist b); mithin, daß das qu. Hendrichische Testament, sichtbare Fehler habe, dafür gehalten werden möchte:

Dennoch aber und dieweil ein sichtbarer Fehler eines Testaments in einem bey der Einsicht, Lesung, oder Schrift des Testamentes wahrzunehmenden Mangel einer bey demselben wesentlich erforderlichen Eigenschaft bestehet c); die in den Zweifelsgründen angeführten vermeintlichen Fehler aber nicht von der Beschaffenheit sind, masen ad 1) der Testirer nur um deswillen, weil er gewollt, daß hochfürstliche obervormundschaftliche Regierung über seinen letzten Willen halten, und, daß solchem im mindesten zu wider gelebet werde, nicht verstatten möchte, von der verwahrlichen Niederlegung seines letzten Willens, als einer geschehenen Sache geredet, und solchergestalt für die zukünftige Zeit die vergangene gebraucht hat; sodann ad 2) und 3) die Rechte, dem Schlusse des Testaments annoch ein, oder mehrere Vermächtnisse hinzuzufügen, nirgends verbiethen, sondern, daß man bey einem Testamente nicht sowohl auf die Ordnung in Schreiben, wohin nämlich der Testirer die verschiedenen Puncte seines Testaments in selbigem gebracht hat, als vielmehr auf den Willen des Testirers sehen solle, ausdrücklich anbefohlen d); welches bey Vermächtnissen, weil selbige ein Anhang von der Einsetzung des Erbens sind, um so weniger einem Zweifel unterworfen ist, zumal da der Testirer Hendrich vorhero in seinem qu. Testa-

y) STRYK *de caut. testam. cap.* 7. §. 39.

z) *l.* 21. *C. de testam.*

a) RICHTER *ad L. vlt. C. de edict. Div. Adr. toll. requis.* 4. *num.* 3. *pag.* 178. STRYK *de caut. testam. cap.* 7. §. 44.

b) CARPZOV in *respons. lib.* 6. *resp.* 19.

c) arg. *l. fin. C. de edict. Diu. Adr. toll.* conf. LEYSER *spec.* 500. *med.* 12. *sqq.*

d) §. 34. *I. de legat. L.* 24. *C. de testam.*

Testamente die Macht, seine letzte Willensmeinung zu vermehren, sich ausdrücklich vorbehalten hat; sowohl die ad 4) und 5) angezeigten Umstände aus dem Testamente weder ersichtlich, noch zu muthmasen sind, sondern erst auf künftige Ausführung und Beweiß beruhen; ferner ad 6) in dem Insinuationsprotocolle die ausdrücklichen Worte: daß bey hochfürstlicher obervormundschaftlichen Regierung der fürstliche Hofagent, Johann Christoph Hendrich, ziemend bitten lassen, jemanden abzuordnen, welcher seinen letzten Willen, den er Krankheits halber selbst zu überreichen nicht im Stande sey, annehmen und bey hochfürstlicher Regierung überbringen möchte, zu befinden sind; unter solchen Umständen nun aber, da der Testirer füglich nicht selbst ins Gericht gehen und daselbst seinen letzten Willen niederlegen kann, natürlicher Weise kein anderer Weg übrig beibet, als daß er entweder unmittelbar selbst durch jemanden, oder ein anderer in seinem Nahmen die Gerichte, seinen letzten Willen von ihm anzunehmen, erbitten lasse e); wobey die von dem Gerichtsschreiber unterlassene Bemerkung des Nahmens der Person, welche der Testirer an die Gerichte deshalb abgesendet hat, als eine Handlung eines Dritten des Testirers seinen letzten Willen, zumal da die Gesetze dergleichen genaue Bemerkung nicht vorschreiben, keineswegs ungültig machen kann; so wenig ad 7 u. 8) aus dem, daß der Testirer bey Ankunft der beyden Secretairen von der von ihm geschehenen Absendung und Verlangen ihrer Anherokunft nichts gedacht und ihnen für die letztere seinen Dank nicht abgestattet, eine Ungültigkeit des Testaments sich nicht folgern läst, weil eines Theils dergleichen dennoch geschehen und nur von dem Verfasser des Insinuationsprotocolls nicht für so erheblich, es mit aufzuschreiben, angesehen worden seyn kann, andern Theils auch, wenn gleich würklich der Testirer von der von ihm geschehenen Absendung und Verlangen der Anherokunft der Secretairen gegen ihnen nichts ausdrückliches gedacht und ihnen gleichergestalt dafür nicht gedanket haben sollte, dieses jedoch seinen letzten Willen nicht fehlerhaft macht, gestalten dergleichen und andere ad 8) angeführten Reden die Gesetze zur Form eines gerichtlichen Testaments nicht vorschreiben, sondern nur von den Rechtslehrern blos um deswillen, damit man von der Gewisheit des letzten Willens des Testirers desto mehr versichert sey, für dienlich geachtet werden f); diese Gewißheit aber bey dem dermaligen Testamente daraus, daß der Testirer selbst seinen letzten Willen unter der Aufschrift:

e) STRYK *de caut. testam. cap.* 7. §. 35.

f) STRYK in *caut. testam. cap.* 7. §. 35.

Aufschrift: Hierinnen ist mein letzter Wille, welcher nach meinem Ableben sogleich zu publiciren, Johann Christoph Hendrich: zweymal roth versiegelt den abgeordneten Secretairen übergeben hat, sich sattsam veroffenbaret; endlich ad 9) der Satz, daß bey einem Testamente keine fremden Handlungen einzumischen sind, eines Theils nur bey Privattestamenten, während dessen, daß dabey die dazu erforderlichen Sollennien beobachtet werden, vorgeschrieben ist g), andern Theils auch nur solche Handlungen betrift, welche nicht in einem einseitigen Willen des Testirers von demjenigen, was nach seinem Tode beobachtet werden soll, bestehen h), sintemal dergleichen Handlungen eigentlich nur für fremde Testamentshandlungen zu halten sind; vorliegendes Testament aber kein Privat- sondern öffentliches Testament ist, und die bey der Insinuation desselben von dem Testirer geäusserte mündliche Verordnung, daß nach seinem Absterben der Bürgermeister und Hofadvocat S** sofort aus seinem Nachlasse 200 Rthl. nehmen und seine Beerdigung aufs beste besorgen sollte, als ein einseitiger Wille des Testirers von demjenigen, was er nach seinem Tode beobachtet wissen wollen, folgbar nicht als eine fremde Testamentshandlung zu betrachten ist; solchemnach, daß bey dem Hendrichischen Testamente in Ansehung der Form und besonders in Ansehung dessen gerichtlichen Insinuation, oder sonst etwas vernachläßiget worden, weshalb dasselbe mit einem sichtbaren Fehler behaftet sey; sich mit Bestande Rechtens nicht behaupten läst: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß an dem *qu.* Hendrichischen Testamente kein *vitium visibile* zu befinden.

Ob wohl die zweyte Frage betreffend, die angeblichen Contradicenten, besonders Rosine Dorothee Hindorfin, kein nothwendiger Erbe von dem Testirer ist; dieselbe auch für keinen rechtlichen Widersprecher gehalten werden mag, angesehen zu selbigem, daß er die Erbschaft zu besitzen, einen gleich darzuthuenden stärkern Grund, als der Testamentserbe, für sich habe, erforderlich ist i); dergleichen Grund aber, wie zuvor bey der ersten Frage dargethan worden, die Hindorfin nebst ihren Consorten

g) *l.* 21. *C. de testam.* Add. SCHAUMBURG, in *annotat. ad* STRUVII *iurisprud. lib.* 2. *tit.* 15. §. 11. ad verb. *sed vnico contextu fiat.*

h) arg. *L.* 26. *D. de pignor. act.*

i) LAUTERBACH in *coll. pract. lib.* 43. *tit.* 2. §. 22. MENOCH, *de remed. adipisc. poss. IV. num.* 605. LEYSER *spec.* 500. *med.* 10.

sorten nicht für sich hat, auch bey dem remedio ex l. fin. C. de edict. Diu. Adrian. toll. der Kläger hauptsächlich nichts von dem Beklagten fordert, sondern den Richter, daß er ihn in den Besitz der Erbschaft einsetzen möchte, imploriret k); folgbar, daß die angeblichen Contradicenten mit ihrem Widerspruche wider die Immißion nicht zu hören wären, es scheinen dürfte:

D. a. u. d. es eine wesentliche Eigenschaft aller Processe ist, daß man den Gegentheil, wider welchen man etwas bey dem Richter suchet, zuvor vernehme und ihn nicht gleich ungehört verdamme l); und, obgleich die Hindorfin und Consorten bey dem von dem im Hendrichischen Testamente eingesetzten Universalerben angestellten remedio ex l. fin. C. de edict. Diu. Adr. toll. keine rechtliche Widersprecher, aus den bey der ersten Frage angeführten Zweifelsgründen, abgeben mögen, der Richter jedoch dieselben, weil sie dem Suchen des Implorantens sich entgegen gesetzet haben, damit nicht zu enthören, sondern sothane Gründe dem Kläger oder Imploranten zur Widerlegung zuzufertigen hat, damit er alsdenn erst, auf eine desto unpartheyischere Art, ohne daß Imploraten über eine Gerechtigkeitsverweigerung sich zu beschwören Ursach haben, Imploranten in den Besitz der Erbschaft einsetzen könne; und, wenn dermaliger Implorant gleich nichts hauptsächlich von Imploraten fordert, er sie jedoch von dem Besitze der Erbschaft ausschliessen will: So sind wir der in Rechten gegründeten Meinung, daß die angeblichen Contradicenten zwar mit ihrem Widerspruch wider die Immißion zu hören und zuzulassen, nicht aber die würkliche Immißion selbst damit zu verhindern berechtiget sind.

Obwohl ferner, in Ansehung der dritten Frage, das remedium ex l. fin. C. de edict. Diu. Adr. toll. den römischen Rechten nach, kein solches Rechtsmittel ist, derentwegen ein Executivproceß Statt findet, massen von dieser Art des Processes in dem römischen Rechte nichts enthalten, und dieserhalb einige Rechtslehrer, daß dieses Rechtsmittel nach Art der besondern summarischen Processe, wobey der Gegentheil auch mit seinen nicht gleich liquiden Einreden zuzulassen wäre, abzuhandeln sey, vermöge der

k) LAUTERBACH *coll. pract. lib.* 43. *tit.* 2. §. 13.

l) Nemo inaudita caussa est condemnandus *l.* 1. *pr. D. de requir. vel abs. dam.*

der in dem l. fin. C. de edict. Diu. Adrian. toll. enthaltenen Worte: caussae in possessionem missionis et subsequutae contradictionis ventilentur: in den Gedanken stehen m); mithin, daß der Commercienrath Sattler nach seiner Imploration und dem klaren und deutlichen Innhalte des Testaments, des gegnerischen unstatthaften Vorwandes ungeachtet, nicht so fort auf executivische Art zu immittiren, und dabey so lange, bis der Gegentheil ordentlicher Weise ein anderes ausgeführet, nicht zu schützen sey, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. in den teutschen Gerichten der Executivproceß jedesmal Statt findet, so oft man den Grund der ganzen Klage dem Richter gleich vom Anfange und auf einmal deutlich durch ein Instrument vor Augen legen kann n); dergleichen Instrument nun auch ein Testament, besonders ein öffentliches ist, welches keinen sichtbaren Fehler hat o), masen durch selbiges der Implorant, als der eingesetzte Erbe, die stärkeste Vermuthung für sich hat, daß er den Erben ohne Testament vorzuziehen sey p); und dieserhalb der Implorant ohne Aufenthalt in den Besitz der von dem Testirer hinterlassenen Güter einzusetzen und der Implorat mit seinen auf weitere Ausführung beruhenden Einreden ins Petitorium zu verweisen ist q), wofern der Implorant sich nicht ohne Protestation auf die illiquiden Einreden des Imploratens einläst, und sich hierdurch selbst seines Vortheils begiebt, daß er mit dem Imploraten den Possessorienproceß in einen Petitorienproceß verwandelt: So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß der Commercienrath Sattler, wofern er nur mit einer Protestation, sich keineswegs dadurch ins Petitorium zu begeben, die Einreden seiner Gegner widerleget, nach seiner Imploration und dem klaren und deutlichen Inhalte des Testaments, des gegnerischen unstatthaften Vorwendens ungeachtet, so fort auf executivische Art zu immittiren, und dabey so lange, bis der Gegentheil ordentlicher Weise ein anderes ausgeführet hat, zu schützen sey.

Endlich

m) BERGER in *supplem. ad elect. disc. for. part. I. pag.* 42.

n) LUDOVICI in der Einleitung zum Civilproceß *cap.* 3. §. 3.

o) LUDOVICI *l. c.* LEYSER *spec.* 500. *med.* 8.

p) BOEHMER *de action. sect.* 2. *c.* 3. §. 5.

q) *l. fin. C. de edict. Diu. Hadr. toll.* MEVIUS *part.* 3. *decis.* 281. *num.* 2. *sqq.* RICHTER ad *l. vlt. C. de edict. Diu. Adr. toll. num.* 221. CARPZOV *part.* 3. *const.* 5. *def.* 18. LAUTERBACH in *coll. pract. lib.* 43. *tit.* §. 20. STRYK *ad comp. Lauterbach. lib.* 43. *tit.* 2. et in *tractat. de success. ab intestato diss.* 9. *cap.* 3. §. 5.

Endlich, so viel die vierte Frage betrift, obwohl weder in dem Possessorienproceße, wohin das remedium ex l. fin. C. de edict. Diu. Adr. toll. einschlägt, wider die gesprochene Sentenz r), noch in dem Executivproceße wider die Execution eine Appellation Statt findet s); und also auch keine Leuterung darwider zuläßig ist t); mithin, daß des Commercienrath Sattlers Contradicenten wider die Immißion künftig mit einer Appellation oder Leuterung gänzlich nicht zuzulassen wären, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. bey der vorliegenden Frage zuförderst zwischen der über die Immißion gesprochenen Sentenz und der Immißion selbst ein Unterschied zu machen ist; in Ansehung der Sentenz aber, welche bey dem von Imploranten Sattler angestellten remedio ex l. fin. C. de edict. Diu. Adr. toll. über die Immißion ertheilet werden wird, an und für sich selbst betrachtet, die Appellation, oder Leuterung wider die Sentenz nicht unzuläßig ist, anerwogen sowohl in Possessorienprocessen, das possessorium summariissimum, wovon aber dermalen die Rede nicht ist, ausgenommen u), nach dem canonischen Rechte, welches hierinne den Vorzug vor dem römischen Rechte hat, die Appellation, mithin auch die Leuterung wider die darinne gesprochenen Sentenzen, zuläßig ist x); dergleichen Rechtsmittel auch wider die im Executivproceße gesprochenen Urthel dem Imploraten verstattet wird y); wider die Immißion selbst hingegen wenn einmal darauf rechtskräftig erkannt worden, keine Appellation, oder Leuterung zugelassen werden mag, weil selbige einer Execution, darwider, wie in den Zweifelsgründen dargethan worden, sothane Rechtsmittel nicht Platz greifen, gleich zu schätzen ist; indessen, weil die dermalige Imploration aus dem l. fin. C. de edicto Diu. Hadr. toll. bey durchlauchtigster Landesregentin eingereicht worden, die Appellation, indem selbige in

r) *l. vn. C. si de moment. poss. fuer. appell. l. 6. C. quor. appell. non recip. L. vlt. de appell. recip.*

s) *l. 5. pr. C. quor. appell. non recip.* GAIL *lib. 1. obs. 118.* Seyfarth in Reichsproceß, *cap. 25. §. 5.*

t) CARPZOV *part. 1. const. 19. def. 1.*

u) CARPZOV *part. 1. const. 19. def. 24. num. 13.* WERNHER *part. 1. obs. 125.* und *part. 2. obs. 387.* desgleichen *part. 3. obs. 127.*

x) *C. 2. Extr. vt lit. non cont. C. cum ad sedem 15. Extr. de test. spol. Clem. 1. de seq. poss. et fruct.* et *Clem. vn. de caus. propr. et poss.* CARPZOV *part. 1. const. 19. def. 24. num. 9. seqq.*

y) LUDOVICI im Civilproceß *cap. 3. §. 27.* Knorr vom Gerichtsproceß *lib. 3. cap. 2. §. 22.*

in einer Berufung von dem Unterrichter an den Oberrichter bestehet, in dieser Sache weder wider die Sentenz, welche über die Immißion gesprochen werden wird, noch wider die Immißion selbst statthaft ist; die Leuterung hingegen, wenn Imploraten, wider die über die Immißion gesprochene Sentenz erhebliche Beschwerden vorzubringen, im Stande seyn sollten, nicht abgeschlagen werden dürfte: So achten wir den Rechten gemäs zu seyn, daß des Commercienrath Sattlers Contradicenten wider die Sentenz, welche in dieser Sache Nahmens der Durchlauchtigsten Landesregentin über die Immißion gesprochen werden wird, Falls sie darwider erhebliche Beschwerden anzuführen vermögend seyn sollten, zwar mit der in Sachsen üblichen Leuterung, keiweges aber mit einer Appellation und auch nicht mit einer Leuterung wider die rechtskräftig erkannte Immißion selbst zuzulassen sind. V. R. W.

LXXXVI.

Von der Zuläßigkeit einer actionis confessoriae vtilis, obgleich der Beklagte darwider einen rechtsverjährten illiquiden Besitz vorschützet.

§. 1.

Bey der actione confessoria vtili wird von dem Kläger ein ihm wegen seiner Person oder wegen seines Grundstückes zustehendes besonderes Recht behauptet, worinne ihn der Beklagte zu hindern suchet z). Zu dergleichen besondern Rechte gehören unter andern **die teutschen Dienstbarkeitsrechte.** Welche nämlich darinnen bestehen, daß der Besitzer eines Grundstückes wegen dieses Grundstückes zum Besten eines Andern etwas thun muß.

§. 2.

Gesetzt nun, der Beklagte befindet sich in dem Besitze der Befreyung von der auf des Klägers besonderes Recht sich beziehenden Verbindlichkeit, so macht dieses doch die Klage nicht unstatthaft. Denn der Besitz giebt ihm weiter kein Recht, als daß er dabey so lange geschützet werden

z) Siehe mein praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 408. u. f.

den muß, bis sein Gegner in Petitorio ein anderes ausgeführet hat. Und das will eben mit gegenwärtiger Klage der Kläger wider ihn verfechten.

§. 3.

Gesetzt auch, daß der Beklagte darwider einen rechtsverjährten Besitz vorschützte, so ist diese Einrede doch für keine proceßverhindernde Ausflucht zu halten, woferne sie nicht so gleich klar ist. Das ist sie aber nicht, wenn selbige blos damit, daß er seit rechtsverjährter Zeit die Verbindlichkeit nicht geleistet habe, begründet werden sollte. Denn, um durch die Verjährung die Befreyung von der Verbindlichkeit einer gewissen zu übernehmenden Last zu erlangen, ist erforderlich, daß Kläger oder dessen Vorfahren von ihm die Leistung derselben verlanget, und, Beklagter oder dessen Vorfahren diesem Ansinnen dergestalt widersprochen und die Last nicht übernommen haben, daß man von Seiten des Klägers über rechtsverjährte Zeit sich dabey ununterbrochen beruhiget hat a).

Rechtsfall.

In einem Dorfe des Herzogthums Bremen ist das Gewohnheitsrecht, daß derjenige, so auf einem Bauerschaftsgrunde ein Wohnhaus besitzet, davon zum gemeinen Besten eine gedoppelte Last übernehmen muß; erstlich, die Gefangenen einzuhohlen, ins Haus zu nehmen und zu bewachen, sodann zweytens, die Aufsicht über die Schleuse zu haben, und zu dessen Behuf auch einen Schleusenhacken zu halten, um damit zur Winterszeit das Eiß von der Schleuse abzukehren.

Nun besas jemand in dem Dorfe auf einem Bauerschaftsgrunde ein Haus. Er weigerte sich aber die vorhin beschriebene gedoppelte Last zu übernehmen. Weshalb die Bauerpflichtigen des Dorfes, um nicht die Beschwerde alleine zu haben, wider ihn die actionem confessoriam vtilem anstellten, und, daß er die libellirte gedoppelte Last mit zu übernehmen schuldig sey, zu erkennen bathen.

Beklagter schützte die Einrede der unzuläßigen Klage vor, weil er einen mehr denn dreyßigjährigen Besitz der Befreyung von sothaner Last vor sich hätte, da weder er, noch seine vorigen Besitzer des Hauses, die ge-

a) WERNHER in *sel. obs. for. part.* 1. *obs.* 76. und *part.* 3. *obs.* 241.

doppelte Last getragen hätten. Er leugnete also auch, daß er selbige zu übernehmen schuldig wäre.

Allein es wurde dem ungeachtet, weil die Einrede des rechtsverjährten Besitzes der Befreyung von der quästionirten Last illiquid und zugleich der Grund der Klage von dem Beklagten abgeleugnet war, nach O** im Junius 1776 folgender massen erkannt:

Urthel

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einreden und fernere Schriften der Bauerpflichtigen zur Osten, Mangels Söhl und Consorten, Klägerer an einem, Johann Schachts, daselbst, Beklagtens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. u. a. b. A. n. e. F. z. u. d. u. Rb. g. w. s. w. v. R.

Daß der Klägere Suchen nicht Statt hat, sie könnten und wollten denn den abgeleugneten Grund der Klage binnen Ordnungsfrist, des Beklagtens Gegenbeweiß, beyder Theile Eydesdelation und andere rechtliche Nothdurft in ebenmäßiger Frist vorbehältlich, wie Recht erweisen, dessen genössen sie annoch billig, und ergehet sodann ferner was Recht ist. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl 1) die Bauerpflichtigen zur Osten bereits an 15den November 1730 wider Martin Schilden, in Kirchdorf, geklaget, daß er einen Contract ediren möchte, vermöge dessen seinem Hause die den dasigen Bauerpflichtigen bekanntlich obliegende Last, in erforderndem Falle die Delinquenten zu inhaftiren und nach der Ordnung gefänglich in ihren Häusern zu verwahren, abgenommen seyn sollte; solche Edition auch gedachtem Martin Schilden gerichtlich auferleget worden ist b); hierauf aber dieser Martin Schild am 18 Novemb. 1730 durch seine Mutter sich auf einen 35jährigen geruhigen Besitz vel quasi berufen und ihn dabey fernerweit gerichtlich zu schützen gebethen hat; die Bauerpflichtigen aber, daß von dem gerühmten Posseß des Imploratens nicht die Rede sey, indem sie noch zur Zeit ihn darinne weder zu stöhren, noch auch bauerpflichtig zu machen gemeint gewesen, sondern anitzo nur lediglich desselben Hauskauf-

b) *Iuxt. doc. sub A. num. act. 5.*

kaufbrief, worinne von dem onere quaestionis gedacht wäre, die Abschrift verlangten, repliciret haben c); da denn Implorat Martin Schild am 13den December 1730 einen Hauskaufbrief vom Jahr 1647 vorgezeiget, in welchem aber nichts von der qu. Last zu befinden gewesen, und dahero Imploranten darbey erinnert, wie sie in Erfahrung gebracht, daß deshalb von dem Teichgrafen und Geschworenen auch andern priuatis ein besonderes Instrument darüber aufgerichtet worden und vorhanden sey, welches gleichwol Implorat weder gesehen haben, noch extradiren wolle, so Imploranten aber zu erweisen sich anerbothen, und wozu sie auch durch einen Bescheid gelassen worden sind d); solchemnach es scheinet, daß dermalige Klägere jenen rechtsanhängig gewordenen Streit anitzo fortzusetzen hätten; sodann 2) weil aus sothanen Actenstücken sich ergiebet, daß Martin Schild, welchen Beklagter für seinen Vorfahren anerkennt, schon im Jahr 1730 auf einen 35jährigen Besitz der Freyheit von der qu. Last sich berufen, und Beklagter mit selbigem in dem ruhigen Besitze dieser Freyheit seit länger als 75 Jahren sich befunden haben will, demselben auch die Vortheile des Besitzes und wegen der Verjährung die Befreyung von der qu. gedoppelten Last, weshalb Klägere schon wider die neuen Anbauer, Johann Wolers und Consorten in den beygelegten Acten geklaget, zu statten kommen möchte, bevorab da 3) Beklagter nicht auf dem Platze, auf welchen Martin Schild gewohnet, wohnhaft seyn will, indem er nicht auf dem Platze, wo Martin Schild seine Wohnstube und Schlafkammer gehabt, sondern auf dem Platze des Hauses, welchen ebengedachter Martin Schild zu einem Stalle aptiren lassen, und welcher unter einem Dache und mit dem Wohnhause ganz connex gewesen, gebauet habe; folgbar, da, wie vorhin gedacht, nach Beklagtens Vorgeben, des Martin Schilds Gebäude von der qu. Last befreyet gewesen, auch der bebauete Stallplatz, nach der Regel: accessorium sequitur suum principale, davon frey seyn dürfte, zumal da der Klägere Vorfahren, Inhalts des obgedachten Documents sub C, den Martin Schild zu einen bauerpflichtigen zu machen nicht gemeinet gewesen, und Beklagter, weil er keinen neuen, sondern einen vorhin schon bebauet gewesenen und abgebrannten Platz bebauet haben will, für keinen Neubauer zu halten seyn dürfte, dahero ihm die wider die Neubauer geführten und beygelegten Acten nichts anzugehen scheinen; auch Beklagter mit der Bauerschaft nichts

zu

c) *iuxt. doc. sub C. num. act.* 11. d) *iuxt. doc. sub D. num. act.* 12.

zu schaffen haben will, weil er, besage der Beylage sub E. num. act. 13, an seinen Verkäufer, Thomas Schild, die Grundhauer für den Grund entrichtete; hingegen 4) Klägere, daß Beklagter bauerpflichtig sey, zu behaupten suchen, und also vermeinen, daß er die gedoppelte Last, nämlich, die Gefangenen einzuhohlen, ins Haus zu nehmen und zu bewachen, sodann Aussicht auf die Schleuse zu haben, und zu dessen Behuf auch einen Schleusenhacken, um damit zur Winterszeit das Eiß von der Schleuse zu kehren, zu halten, um deswillen verbunden sey, weil eines Theils auf dem Altendorfer Bauerschaftsgrunde in Kirchdorf, so von ihnen, Klägern so wohl, als vom Beklagten besessen und bewohnet würde, sothane gedoppelte Last haftete, und dahero selbst in dem vom Beklagten beygebrachten oberwehnten Documente sub num. A. act. 5 die Regul, daß die Bauerpflichtigen zur Osten bekanntlich in erforderndem Falle, die Delinquenten zu inhaftiren und nach der Ordnung gefänglich in ihren Häusern zu verwahren, gehalten wären, angeführet worden sey, andern Theils auch Beklagter, vermöge des Bauerschaftschlußes juxt. protoc. der Bauerschaft sub A. num. 3. der beygelegten Acten, darzu verpflichtet wäre, und dritten Theils aus dem Atteststate des vormaligen Teichgrafens Schumachers sub F. num. act. 16 erhelle, daß Beklagter würklich bauerpflichtig sey, und dahero derselbe, gleich den vormals beklagten neuern Anbauern, welche juxt. num. 16 und 25 der beygelegten Acten in sothane gedoppelte Last rechtskräftig condemniret worden, selbige ebenfalls mit übernehmen müsse; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. Beklagter, den Grund der Klage, daß er nämlich bauerpflichtig sey, und dahero die qu. gedoppelte Last mit zu übernehmen schuldig wäre, num. act. 4 und 10 ausdrücklich geleugnet hat; und die von Klägern sub num. 4) der Zweifelsgründe angezogenen Ursachen von des Beklagtens angeblichen Bauerpflichtigkeit diese noch nicht erweisen, masen eines Theils Beklagter nicht eingestehet, daß er einen solchen Grund oder Platz, worauf die qu. gedoppelte Last hafte, bewohne; und das angezogene Document sub A. num. act. 5 bey der angegebenen Regul als gewis, daß einer ein Bauerpflichtiger zur Osten sey, zum voraus setzet; dieses aber ebenfalls Beklagter, wie vorhin gedacht, noch nicht eingeräumet, sondern vielmehr ausdrücklich geleugnet hat, andern Theils daß zur Zeit des in der Bauerschaftsversammlung gefaßten Bauerschaftsschlusses alle und jede Interessenten vorgeladen gewesen und darein gewilliget

stiget haben, aus dem Protocoll sub A. num. 3. der beygelegten Acten nicht wahrzunehmen ist, vielmehr daraus sich ergiebet, daß die erschienenen neuen Anbauer der ihnen angesonnenen qu. gedoppelten Last widersprochen und nur die gegenwärtigen Intereßenten der Bauerschaft einhellig der Meinung gewesen sind, daß nicht nur die itzigen Anbauer, sondern auch die, so hinführo noch auf dem der Bauerschaft zustehenden Grunde würkliche Wohnhäuser bauen würden, zu Uebernehmung aller Lasten, die darauf haften und von andern Bewohnern desselben abgehalten würden, zu übernehmen schuldig wären und seyn sollten; ein dergleichen Bauerschaftsschluß aber denen nicht eingewilligten und künftigen Anbauern keine gesetzliche Verbindlichkeit auferlegen mögen, vielweniger dermaligem Beklagten, welcher ein neuer Anbauer zu seyn, und einen Grund, worauf die qu. gedoppelte Last haftete, bebauet zu haben, leugnet, nachtheilig seyn kann; so wohl dritten Theils dem Atteßate sub F num. act. 16 des vormaligen Teichgrafens, da solches unbeschworen ist, noch zur Zeit keine Beweißkraft beygeleget werden kann; auch das vormalige rechtskräftige Erkänntniß in den beygelegten Acten dem dermaligen Beklagten nicht entgegen gesetzt werden mag, indem die damals verklagten neuen Anbauer welches aber auch dermaliger Beklagter, wie bereits gedacht, nicht seyn will, mit Klägern darinne, daß das qu. onus auf dem Bauerschaftsgrunde haftete, einstimmig gewesen, und, daß sie solchen Grund bewohneten, eingestanden haben, masen hierauf sothane rechtskräftige Sentenz juxt. num. 17 cor. act. gebauet worden ist; dermaliger Beklagter hingegen, daß er solchen bauerpflichtigen Grund bewohne, ins Leugnen gestellet hat; solchemnach Beklagter noch zur Zeit, bevor Klägere wider ihn den Grund ihrer Klage erwiesen, nicht condemniret werden mögen; dieser Beweiß aber den Klägern, weil ihnen selbiger, besage der Acten, noch nicht auferleget worden, billig vorzubehalten gewesen, bevoraus da des Beklagtens Einreden nicht so beschaffen, daß sie den Grund der wider ihn angestellten nützlichen Confessorienklage so gleich zernichteten, masen ad 1) dasjenige, weshalb im Jahr 1730 die bauerpflichtigen zur Osten wider Martin Schilden geklaget, blos die Edition eines Contracts, aus welchem, daß seinem Hause die qu. Last abgenommen worden, seinen Vorgeben nach, erhellen sollen, betroffen; er aber dergleichen Contract vorzuzeigen nicht vermocht, sondern nur einen Haußkaufbrief, worinne von der qu. Last nichts zu befinden gewesen, produciret hat; diesem ungeachtet aber derselbe zu sothaner Last, weil sie den dasigen Bauerpflichtigen bekanntlich oblieget, gar wohl verbindlich seyn können, indem

 man

man solches als eine Sache, welche sich dasigen Ortes als eine übliche Regel von selbst verstanden, darinne auszudrücken nicht für nöthig gehalten; sodann die exceptio litis pendentis, daß der Beklagte schon in der nämlichen annoch unentschiedenen Sache bereits belanget worden, zu ihrem Wesen erfordert e), dermalen aber Beklagter in Ansehung des Platzes seines Vorfahrens Martin Schildes, nicht wegen der Edition einer die qu. Last betreffenden Urkunde, sondern selbst wegen der Schuldigkeit sothane Last zu übernehmeu, in Anspruch genommen worden ist; und also der dermalige Streit etwas ganz anders, als weshalb im Jahr 1730 von der Klägere Vorfahren geklaget worden, betrift, ohne daß dahero Klägere diesen alten ehemaligen Streit fort zu setzen verbunden sind, auch ad 2), weil dermalen nicht über den Besitz, sondern über das Recht selbst gestritten wird, dem Beklagten anitzo die Vortheile des Besitzes zwar nicht entzogen werden, es aber jedoch vor der Hand annoch auf weitere Ausführung beruhet, und also zum Gegenbeweise gehöret, ob Beklagter und dessen Vorfahren die Befreyung von der Verbindlichkeit, die qu. gedoppelte Last zu tragen, durch die Verjährung in der Mase, daß Klägere oder deren Vorfahren von ihnen die Leistung derselben gefordert, sie aber diesem Ansinnen dergestalt widersprochen und selbige nicht übernommen haben, daß man klagender Seits über rechtsverjährte Zeit sich dabey ununterbrochen beruhiget, auch würklich erlanget haben f); gleichergestalt ad 3) das Vorgeben des Beklagtens, daß der Platz, welchen er bebauet, die Beschaffenheit gehabt, daß sein Vorfahre Martin Schild denselben zu einem Stalle aptiren lassen und selbiger unter einem Dache und mit dem Wohnhause ganz connex gewesen, annoch illiquid und ihm das darüber sich erbethene gerichtliche Attestat num. act. 14 abgeschagen worden ist; und der Klägere Vorfahren, Innhalts des erwähnten Documents sub C num act. 11 den Martin Schild damals, nämlich im Jahr 1730, nur noch zur Zeit zu einen Bauerpflichtigen zu machen, nicht gemeinet gewesen, es auch vielleicht geschehen kann, daß Klägere in dem ihnen vorbehaltenen Beweise ausführen, daß Beklagter allerdings ein Neubauer sey, so wie gegen die aus einer Quittung bestehenden Beylage sub E aus dem Attestat sub F num. act. 16 sich ergiebet, daß Thomas Schild sothane Quittung nur als Heber der Bauerschaft von sich gestellet

e) ZANGER *de except. part.* 2. *cap.* 13. Seyfart in teutschen Reichsproc. *lib.* 1. *cap.* 6. §. 4.

f) WERNHER in *sel. obs. for. part.* 1. *obs.* 76. und *part.* 3. *obs.* 241.

gestellet hat: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LXXXVII.

Rechtliches Gutachten

nach P** im Jenner des 1775sten Jahres.

Von dem Nichtbefugnis eines besoldeten Gerichtsfrohns, bey Verkaufung der Grundstücke einige Lehnsgebühren zu fordern, und einer den Unterthanen der Gerichtsherrschaft, Statt der actionis in factum, deshalb vortheilhafter, mit einem an die Hand gegebenen Formular, zuständigen actione negatoria vtili.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung mit einem revidirten Erbregister sub ⊙ nebst zwoen Fragen zugeschicket, u. d. u. R. B. g. w. d. f. w. v. R.

Hat der Gerichtsfrohn zu P** nach Innhalt des dasigen revidirten Erbregisters sub ⊙, von den Gerichtsuntersassen jährlich eine Besoldung von 10 fl. 13 gr. zu erheben. Sind deswegen ihre Väter und Vorfahren, wenn sie ein Gut übergeben oder verkauft, von der Entrichtung einiger Lehnssportuln an den Gerichtsfrohn, bis auf einen so genannten guten Willen, frey gewesen. Verlangt nun aber neuerer Zeiten der Gerichtsfrohn, unter Beyhülfe der Gerichte, nicht allein jene jährliche Besoldung, sondern auch von jedem Käufer eines Grundstückes, zwey bis drey Groschen vom Hundert, so genannte Lehnsgebühren. Wird dahero gefraget:

1) Ob gedachter Gerichtsfrohn, ausser seiner jährlichen Besoldung, auch von jedweden Käufer, zwey bis drey Groschen vom Hundert, so genannte Lehnsgebühren zu nehmen, berechtiget sey? Und

2) Auf was Art in dem Fall, da er solches zu thun nicht berechtiget ist, deshalb wider ihn Klage zu führen sey?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, dem Gerichtsfrohn zu statten zu kommen scheinet, daß, weil, Inhalts des revidirten Erbregisters

gisters sub ⊙ fol. 40 b, dem Gerichtsherrn zur Schreibegebühr, von jedem Hundert so wohl gesammten, als sonderbaren Lehngelde, zwölf Groschen, dem uralten Herkommen nach, gereichet werden müssen, und er auch bey Verkaufung der Güter zur Aufwartung vorhanden seyn muß, ihm, wegen seiner Bemühung von jedweden Käufer, zwey bis drey Groschen vom Hundert, so genannte Lehnsgebühren billig zu geben seyn dürften; mithin, daß diese Frage zu bejahen sey, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. der Gerichtsfrohn, besage des revidirten Erbregisters sub ⊙ fol. 5 bis 18 schon von jedem Erbzinsmanne jährlich einen Groschen und acht Pfennig erhält, und ihm juxt. fol. 187 eine jährliche Besoldung von 10 fl. 13 gr. ausgesetzet ist; daß er dahero nicht vor jede bey den Gerichten habende einzelne Aufwartung annoch überdem insonderheit etwas fordern kann; die Gerichte auch solches, wenn er es zu fordern ein Recht hätte, in dem Erbregister, so gut als ihre Schreibgebühren, mit angemerket haben würden, zumal dieses eine ganz ausserordentliche nach dem Kaufgelde sich richtende Taxe ist; gleichwohl solches nicht geschehen, und der Gerichtsfrohn solche so genannte Lehnsgebühren erst neuerer Zeiten verlanget: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß gedachter Gerichtsfrohn, ausser seiner jährlichen Besoldung, auch von jedwedem Käufer zwey bis drey Groschen vom Hundert, so genannte Lehnsgebühren zn nehmen, nicht berechtiget sey.

Obwohl, die zwote Frage betreffend, Quärenten anführen, daß der Gerichtsfrohn eine Besoldung von 10 fl. 13 gr. von ihnen jährlich zu erheben hätte, und deswegen ihre Väter und Vorfahren, wenn sie ein Gut übergeben oder gekauft, von Entrichtung einiger Lehnssportuln an den Gerichtsfrohn, bis auf einen so genannten guten Willen, frey gewesen wären; mithin, daß ihnen deshalb, mit Anführung dieser Gründe, und daß der Gerichtsfrohn seine Mühe nicht doppelt bezahlt verlangen könne, am besten die actio in factum wider den Gerichtsfrohn zustehe, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. Quärenten, wenn sie ebengedachte Klage anstellten, mit dem Beweise der zu deren Begründung nöthigen factorum sich beladen würden; dessen sie aber gänzlich überhoben seyn können, wenn sie sich Statt deren, der actionis negatoriae vtilis bedienen, und, ohne von denen

denen in den Zweifelsgründen angezogenen Umständen das geringste zu erwähnen, ihr wider den Gerichtsfrohn abzufassendes Klaglibell ohngefehr folgendergestalt:

Es unterfängt sich der Gerichtsfrohn N. N. wenn wir ein Gut jemanden überlassen, oder dergleichen käuflich an uns bringen, dem jedesmaligen Käufer des Gutes zwey bis drey Groschen vom Hundert der Kaufsumme, unter den Nahmen Lehnsgebühren, in der Meinung, daß er ein Recht darzu habe, abzufordern. Wann wir ihm nun aber dieses vorgebliche Recht leugnen, und uns darwider die natürliche Freyheit zu statten kommt, er aber davon in Güte nicht abstehen will; als sehen wir uns genöthiget, wider denselben gegenwärtige Negatorienklage anzustellen — — — Mit Bitte in Rechten zu erkennen und auszusprechen:

Daß Beklagter die libellirten so genannten Lehnsgebühren den Klägern abzufordern nicht befugt. Derowegen derselbe von dieser Anforderung abzustehen und alle durch diesen Proceß verursachten Unkosten Klägern zu erstatten schuldig.

einrichten; und, Falls der Gerichtsfrohn nachhero, daß sie ihm sothane Lehnsgebühren schon mehrmalen gegeben hätten, vorschützen sollte, sie ihm dieses in der Replic verneinen, und allenfalls blos negativisch darauf dieses, daß solches, wenn es ja auch geschehen, dennoch nicht aus einer Schuldigkeit geschehen wäre, antworten: So glauben wir den Rechten gemäs zu seyn, daß auf diese Art am schicklichsten wider den Gerichtsfrohn die Klage zu führen sey. V. R. W.

LXXXVIII.

Rechtliches Gutachten

nach E** im Jenner 1774.

Von einer wegen eines überlassenen Brauloofes angestellten, aber verworfenen actione in factum.

Sind die Brauhöfer zu E** im Jahr 1771, zu einer Zeit, da der Fruchtpreiß und besonders der Preiß der Gerste über alle Mase hoch gewesen, und deshalb Niemand gerne brauen mögen, ihre Brauloose, bey

Verlust der Braugerechtigkeit, abzubrauen, befehliget worden. Haben dahero die Weisischen Erben, aus Furcht der zu verliehrenden Braugerechtigkeit, das ihnen zugefallene Looß sub num. 108 an Kühnen umsonst, nämlich, ohne daß er ihnen dafür eine sonst gewöhnliche gewisse Geldsumme versprochen, zum Abbrauen überlassen. Haben aber nicht lange hernach die Brauhöfer, Statt bis dahin genommener 60 Scheffel Malz, nur 50 zu nehmen und zu brauen, die Erlaubniß erhalten. Ist es hiedurch geschehen, daß die Brauloose wieder angenehmer geworden und um 20 rthl. und noch theurer zu verkaufen gewesen; daß dahero auch Kühn von dem ihm überlassenen Brauloose einen nicht geringen Vortheil gehabt. Hat dieses die Weisischen Erben bewogen, daß sie wider Kühnen eine Klage angestellet, und dahin, daß Kühn, wegen des daher gehabten Vortheils, nach billigen Ermessen des Richters, ihnen eine Vergüthung zu leisten schuldig, zu erkennen, gebethen haben. Ist aber in einem Urthel, daß der Imploranten Suchen nicht Statt habe, gesprochen worden. Entstehet dahero die Frage:

Ob, wenn Imploranten wider gedachtes Urthel eine Leuterung einwenden, sie sich auf ein reformatorisches Erkänntniß Hofnung machen können?

Ob nun wohl Imploranten, zu Begründung ihrer Imploration, angeführet 1) daß, wenn sie die Veränderung zum voraus hätten wissen sollen, daß nämlich das Malzmaaß gleich nach der an Imploraten geschehenen Braulooßüberlassung um 10 Scheffel verringert werden, und hiedurch die Brauloose wieder angenehmer und um 20 Rthlr. und noch theurer zu verkaufen seyn würden, sie dem Imploraten Kühn das Looß nimmermehr abzubrauen überlassen haben würden; sodann 2) die hohe Obrigkeit zum Vortheil der Brauhofs Eigenthümer, keinesweges aber derer mit dem Bierbrauen ein Gewerbe treibenden Personen, und worunter auch Implorat zu befinden, ein geringeres Maaß des Malzes zu nehmen erlaubet hätte; folgbar wohl ihnen, den Imploranten, als Brauhofs Eigenthümern, nicht aber dem Imploraten der mit dem überlassenen Braulooß gehabte Vortheil zuzusprechen sey; und sie dahero mit ihrem Suchen nicht abgewiesen werden sollen; mithin, daß Imploranten, wenn sie wider gedachtes Urthel eine Leuterung einwendeten, sie sich auf ein reformatorisches Erkänntnis Hofnung machen könnten, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d.

D. a. u. d. ad 1) Imploranten, da sie, aus Furcht ihre Braugerechtigkeit zu verliehren, dem Imploraten Kühn ihr Braulooß zum Abbrauen umsonst überlassen, sich dieses, daß Implorat den Endzweck, weshalb ihm das Loos zum Abbrauen überlassen worden, erfüllt, und durch das würkliche Abbrauen ihre Braugerechtigkeit vor dem Verlust bewahret hat, zum Vortheil rechnen müssen; auch der Vertrag, welchen Imploranten mit dem Imploraten geschlossen und wodurch sie ihm das Braulooß überlassen, selbst so beschaffen, daß Imploranten leichte zum voraus sehen können, wie es dabey auf das Glück, ob Implorat dabey gewinne oder verlöhre, ankommen würde, masen es sich gar wohl zutragen können, daß es bey dem bisherigen 60 Scheffeln Malz geblieben und diese nicht um 10 Scheffel verringert worden wären; folgbar, so wie in diesem Falle und wenn Implorat dabey eine Einbuße erlitten, Imploranten ihm deshalb nichts zu ersetzen gehabt haben würden, sie nun auch deshalb, daß dieses Geschäfte zum Vortheil des Imploratens ausgeschlagen, und die 60 Scheffel Malz um 10 Scheffel vermindert worden, von Imploraten mit Bestande Rechtens keine Vergüthung, oder daß dieser ihnen von seinem Gewinn etwas abgeben solle, verlangen können; in mehrern Betracht, daß, wenn sie dieses gewollt, sie sich selbiges ausdrücklich ausbedingen sollen, indem, wenn auch ad 2) die hohe Obrigkeit, zum Vortheil der Brauhofseigenthümer, keinesweges aber derer mit dem Bierbrauen ein Gewerbe treibenden Personen, ein geringeres Maaß des Malzes zu nehmen erlaubet hätte, dieses jedoch auch dem Imploraten, weil sie ihm einmal, Nahmens ihrer auf das gedachte Looß zu brauen, verstattet, vergönnet seyn müssen, weil von der damit verbundenen Gefahr, auch die damit verknüpften Vortheile nicht getrennet werden mögen: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß, wenn Imploranten wider gedachtes Urthel eine Leuterung einwenden, sie sich auf ein reformatorisches Erkänntniß keine Hofnung machen könnnen. V. R. W.

LXXXVIIII.

LXXXVIIII.

Rechtliches Gutachten

nach N** im December 1765.

Von einer actione emti rescissoria, wobey dem Käufer, die verkaufte Sache mittelst öffentlicher Feilbiethung zu veräussern und dem Verkäufer das daraus gelösete Geld, Statt der Zurückgabe der verkauften Sache, aufzudringen, vergönnet ist.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung, nebst zweyen Fragen zugeschickt, u. d. u. Rb. g. w. d. s. w. v. R.

Hat Sempronius den Brennum, weil dieser des Pferdehandels und der Gelegenheit dazu auf der Naumburger Messe kundig, Sempronius hingegen hierunter unerfahren, ersuchet, ihm auf der damals nächst bevorstehenden Naumburgischen Petripaulmesse des 1764sten Jahres bey dem vorhabenden Verkauf seines Pferdes, und den Ankauf ein Paar junger schwarzen Wallachen, die zum Reiten und Fahren geschickt, beyräthig zu seyn. Welches auch Brennus versprochen, und mit Sempronio auf gedachte Meße gereiset ist. Woselbst aber Sempronius nicht zu seinem Zwecke gelangen können. Hat hierauf, des Tages vor der Wiederabreise, Brennus seine beyden mit gegenwärtigen Pferde, ein Paar schwarze drey jährige Hengste, dem Sempronio angebothen, unter dem Angeben, daß er nicht gemeinet gewesen, diese Pferde zu verkaufen, weil er aber schon längst nach vier jungen Pferden zu einem Gespan getrachtet, und jetzo zu deren Erkaufung Gelegenheit habe, wolle er seine Pferde verkaufen und solche Sempronio und Sejo vor allen andern, als ein guter Freund gönnen, welche er damit wohl verwahren könne, und selbige zu Sempronii und Seji Gebrauch besonders gut sich schickten, daher er Sempronio und Sejo dazu rathen wolle, indem es allezeit besser mit einem Bekannten zu handeln, als auf einem Markte, weshalb Sempronius und Sejus sich nicht lange darüber besinnen möchten, masen, wenn sie nicht in Naumburg zu handelten, und er die Pferde wieder mit zurück nehmen müsse, er sie sodann auf sein Gut thue, da sie ihm hernach für das Geld nicht feil wären. Welchen Vorschlag zwar Sempronius sich gefallen läst, dabey aber Brenno vorstellet, wie weder er, noch Sejus, den Pferdekauf verstün-

verstünden und um deswillen Brennum um seinen Beystand ersuchet hätten, mithin sie sich hierunter lediglich auf dessen Freundschaft Treue und Glauben, um so mehr verlassen müßten, als sie in Naumburg Niemanden hätten, den sie zu Rathe ziehen könnten, jedoch sey die Magerkeit des Sattelpferdes bedenklich, es zeige sich auch offenbar an Brenni Pferden, daß selbige nicht natürlich dicke, sondern angelaufene Beine hätten, Sempronius aber ein auf den Knochen sicheres Pferd gebrauche, weil er bey seinen Reisen die oft stark anlaufende Saale paßiren müsse, mithin er die Sicherheit und Richtigkeit auf den Knochen der Pferde, als eine nothwendige Bedingung, bey dem Handel erfordere. Worauf Brennus mit vielen Betheurungen versichert, daß eben um deshalb, weil Sempronius und Sejus den Pferdehandel nicht verstünden, er seine Pferde ihnen anbiethe, indem selbige ohne alle Fehler wären, er handle mit Sempronio und Sejo aufs Wort, die dicken Beine des Pferdes und die Magerkeit des Sattelpferdes rührten von keiner Ungesundheit, sondern davon her, daß alle jungen Pferde entweder die Druse, oder dicke Beine bekämen, Brenni Pferde aber keine Druse gehabt hätten, die dicken Beine müßten längstens in 4 bis 6 Wochen sich gänzlich verliehren, das Sattelpferd auch, wenn es in Ruhe und Futter käme, bald stärker werden, wie er denn insonderheit davor stehe, daß das Sattelpferd, welches er ordinär geritten, vollkommen sicher auf den Knochen sey, und werde er Sempronium und Sejum, als Nachbarn, nicht betrügen, man sollte sich nur auf seine Treue und Glauben lediglich verlassen. Dergleichen Betheurungen und mehrere andere Brennus in Beyseyn Seji wiederhohlet. Weshalb Sempronius und Sejus, auf diese Versicherungen sich verlassend, dem Brenno seine beyden Pferde um 140 Rthl. und einem Ducaten Zaumgeld, mithin ohne einigen Abzug, abkaufen, dergestalt, daß das Sattelpferd, so Sempronius bekommen, für 75 Rthl., das Handpferd aber, so Sejus erhalten, für 65 Rthl, nach Brenni eigenem Ausspruch, als wozu Sempronius und Sejus es ausgestellet, angeschlagen worden, und sogleich beyde Käufer 100 Rthl. in Louis d'or á 5 Rthl. die übrigen 40 Rthl. aber in Currentgeld, und einem Ducaten, bey Abhohlung der Pferde, etwa 14 Tage nach dem Handel, bezahlet haben. Ohnerachtet nun Sempronius viel längere Zeit als 4 bis 6 Wochen, nach Abhohlung der Pferde, abgewartet, so haben sich doch die dicken Beine an den erkauften Pferden keinesweges verlohren, vielmehr gegen und in dem vorigen Winter sich vermehret. Dahero solches Sempronius dem Brenno zu verschiedenen malen schriftlich gemeldet, mit dem Ersuchen, die Pferde

gegen Erstattung des Kaufgeldes und billige Vergütung, zurück zu nehmen, darneben auch sich erbothen, weilen Brennus damals mit Pferden versehen, auch ein und andere Pferdverständige, daß das Anlaufen der Beine vielleicht auf das künftige Frühjahr sich verziehen möchte, vermeinet hätten, die Pferde den Winter durch zu behalten, und auch diese Prove abzuwarten. Worauf aber Brennus nicht die mindeste Antwort und Erklärung ertheilet, hingegen die Geschwulst an des Sattelpferdes Beinen nicht nur das heurige Frühjahr und den Sommer bald weniger, bald mehr sich fort geäussert, sondern auch mit dem herannahenden Winter wieder an Stärke zugenommen, so daß die Beine niemals von Grinde befreyet, und so gar die Haare weggefressen worden, darneben das Pferd auf den Knochen, woran man gleich anfänglich eine Schwäche bemerket, immer ungewißer und unsicherer wird, mithin, des Brenni Versicherung zuwider, zu Sempronii Gebrauch gar nicht ist. Weshalb Sempronius wider Brennum auf Zurücknahme des Pferdes und Erstattung des Kaufgeldes, Schäden und Kosten, zu klagen sich gemüßiget siehet, dabey aber zu besorgen, es dürfte während des Processes das Pferd, weil Sempronius es ohne Gefahr nicht reiten kann, sich zum Verderb verstehen, auch das Futter dessen Werth übersteigen, dahero folgende beyde Fragen entstehen:

1) Ob *Sempronius* Grund habe, wider *Brennum* auf Zurücknahme des Pferdes, Erstattung des Kaufgeldes und Ersetzung erweislicher Schäden und Kosten zu klagen?

2) Ob *Sempronius* sicher gehe, wenn er, nach angestellter Klage, und wenn *Brennus* das Pferd nicht wieder nehmen will, daßelbe durch *Brenni* ordentlichen Richter mittelst der Auction verkaufen läßt, und das Geld gerichtlich deponiret, so daß *Brennus* bey Endigung des Processes nicht auf die Zurückgabe des Pferdes dringen kann, sondern Statt desselben, das dafür gelösete Geld annehmen müßte?

Ob nun wohl, so viel die erste Frage belanget, ein Käufer, welcher auf die Zurücknahme der erkauften fehlerhaften Sache, und Zurückgabe des Kaufgeldes auch Erstattung Schäden und Kosten klagen will, die actionem redhibitoriam anzustellen hat; diese aber längstens binnen 6 Monaten angebracht werden muß g); welche Zeit Sempronius,

g) *l.* 38 *D. de aedilitio edicto.*

pronius, ohne seine Klage zu übergeben, vorbeystreichen lassen; mithin demselben diese Action keineswegs zustehen möchte; und wenn gleich Sempronio, in Betracht Brennus bey dem ganzen Handel nicht aufrichtig zu Werke gegangen, die actio doli nicht zuversagen seyn dörfte, dennoch diese um deshalb unwürksam zu seyn scheinet, weil Sempronius seine Klage anders nicht, als mittelst der Eydesdelation beweisen kann, diese aber, verschiedener Rechtslehrer Meinung nach, super dolo nicht Statt hat; hiernächst die actio emti lediglich auf die Erfüllung, keinesweges aber auf die Aufhebung des Contractes zu richten ist; und also, mittelst dieser Klage, Sempronius höchstens das Interesse, wegen nicht erfüllten Versprechens, von Brenno fordern, nicht aber auf die Zurücknahme des Pferdes, dem Ansehen nach, klagen kann; diesemnach, daß Sempronius keinen Grund habe, wider Brennum auf die Zurücknahme des Pferdes, Erstattung des Kaufgeldes, und Ersetzung erweislicher Schäden und Kosten zu klagen, es das Ansehen gewinnet:

D. a. u. d. mittelst der actionis emti der Käufer wegen alles dessen, was der Verkäufer gegen Treu und Glauben zu Schulden kommen lassen, klagen kann h); und Sempronius, als eine des Pferdehandels unkundige Person, mit Brenno lediglich auf Treu und Glauben gehandelt, auch denselben, wie er auf seine Treue und Glauben, da er darneben Niemanden zu Rathe ziehen könne, sich verlassen müsse, ausdrücklich angezeiget, und anbey gemeldet hat, wie er ein auf den Knochen sicheres Pferd gebrauche, weil er bey seinen Reisen oft die Saale, die stark anlaufe, paßire, mithin die Sicherheit und Richtigkeit der Pferde auf den Knochen, als eine nothwendige Bedingung, bey dem Handel erfordere, gegentheils an Brenni Pferden sich offenbar zeige, daß selbige nicht natürlich dicke, sondern aufgelaufene Beine haben, auch des Sattelpferdes Magerkeit bedenklich sey, darneben Brennus mit vielen Betheurungen versichert, daß eben deshalb, weil Sempronius und Sejus den Pferdehandel nicht verstünden, er ihnen seine Pferde anbiethe, indem selbige ohne alle Fehler wären, er handle mit Sempronio und Sejo aufs Wort, die dicken Beine des Pferdes und die Magerkeit des Sattelpferdes rührten von keiner Ungesundheit, sondern daher, weil alle junge Pferde entweder die Druse oder dicke Beine bekämen, die dicken Beine müßten längstens in 4 bis 6

 Wochen

h) Omnia enim, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in emti actionem. *l. 1. §. 1. D. de action. emti.*

Wochen sich gänzlich verliehren, das Sattelpferd, wenn es in Ruhe und Futter käme, würde auch bald stärker werden, wie er denn auch insonderheit dafür stehe, daß das Sattelpferd, welches er ordinär geritten, vollkommen sicher auf den Knochen sey, er werde ja Sempronium und Sejum, als Nachbarn, nicht betrügen, man solle sich auf seine Treue und Glauben lediglich verlassen; aus welchen von Sempronio bey dem Handel vorausgesetzten und dem Verkäufer angezeigten Bedingnissen, auch darauf von Brenno geschehenen Versicher- und Betheurungen sich genugsam veroffenbaret, wie der Contract unter der Bedingung, daß der zur Zeit des Verkaufs vorhanden gewesene Fehler, die dicken Beine, sich verliehren und das Pferd sicher und richtig auf den Knochen seyn müsse, geschloßen worden; folglich sothaner Contract eine emtio venditio sub conditione resolutiua inita ist; welche Condition die Würkung hat, daß wenn solche nicht existiret, der Käufer, mittelst der actionis emti, auf die Aufhebung des Contracts klagen kann; so nicht minder in dem Fall, wenn der Verkäufer den Käufer in Irthum setzet, und dadurch den Kauf veranlasset, der sonst nimmermehr geschlossen worden, die actio emti auf die Wiederaufhebung des Contracts Statt findet i); in den vorliegendem Falle aber Brennus durch seine Versicherungen und Betheurungen Sempronium und Sejum in den Irthum gesetzet, als ob die dicken Beine an den Pferden sich verliehren müßten, auch das Sattelpferd vollkommen sicher und richtig auf den Knochen sey; wovon nachhero das Gegentheil sich zu Tage geleget hat; dahero wenn auch Sempronius der actioni redhibitoriae und der de dolo sich nicht bedienen könnte, wiewohl super dolo, Falls ciuiliter geklaget wird, die Eydesdelation allerdings zuläßig ist, dennoch Sempronio die actio emti auf die Dissolution des Contracts, sowohl des Irthums, als angehängten Vertrages halber, welcher letztere die aus dem Contract, dem er beygefüget worden, entspringende Klage hervorbringet k), nicht versaget werden kann; überdies, mittelst der actionis emti, alles das, was der Billigkeit nach der andere Theil zu leisten hat, mithin auch die erweislich aus dem Contracte gehabte Schäden und Unkosten gefordert werden mögen: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß *Sempronius* **Grund habe**, wider *Brennum* auf **Zurücknahme des Pferdes, Erstattung des**

i) Si enim sciens venditor emtorem errare passus est, ex emto competit actio ad resoluendam emtionem et restitutionem pretii. *l.* 11. *§.* 5. *D. de action. emti.*

k) BOEHMER *de actionibus sect. II. cap. VIII. §.* 88.

des Kaufgeldes, und Ersetzung erweislicher Schäden und Unkosten zu klagen.

Sodann die zweyte Frage belangend, obwohl vor Beendigung des Processes Brennus zur Zurücknahme des Pferdes keinesweges gezwungen werden mag; auch in den Rechten versehen, daß während eines Rechtshandels, alles in dem Stande, worinnen es sich befindet, gelassen werden solle l); sowohl Sempronii Klage auf die Zurücknahme des Pferdes gerichtet ist; und also derselbe, Falls er ein obsiegliches Erkenntnis erlanget, vor allen Dingen ehe er die Erstattung des Kaufgeldes von Brenno fordern kann, das Pferd zurück zu geben verbunden ist; dahero, daß Sempronius nicht gesichert sey, wenn er das Pferd durch Brenni Richter verkaufen läst, und Brennus, Statt des Pferdes, das dafür gelösete Geld, als ein surrogatum anzunehmen nicht schuldig sey, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. dem Anführen nach, Sempronius das Pferd gar nicht brauchen kann, und also demselben, daß er es länger in Futter erhalte, nicht angesonnen werden mag; dahero, Falls nach angestellter Klage Brennus, das Pferd zurück zu nehmen, sich weigern und dargegen den Proceß in das Weite zu spielen suchen sollte, so daß sich zu Tage legte, es werde während des Processes das Pferd sich verstehen und verfressen, Sempronio, auf den öffentlichen Verkauf des Pferdes anzutragen unbenommen ist; auch der Richter diesem Gesuch mit Rechtsbestande fügen kann m), und wenn solchergestalt der Richter den Verkauf des Pferdes beschliesset, auch durch selbigen, mittelst der Auction, das Pferd würklich verkauft wird, Brennus, das daraus gelösete Geld, als ein surrogatum anzunehmen, allerdings verbunden ist n): So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß, im Fall nach angestellter Klage *Brennus* der Zurücknahme des Pferdes sich weigert, und der Richter dessen Verkauf decretiret, solches auch durch die gerichtliche Auction würklich verkaufet wird, *Sempronius* genugsam gesichert sey, daß *Brennus* bey Beendigung des Processes auf Zurückgabe des Pferdes mit Bestande Rech-

l) *Clem. 2. vt lite pendente.*

m) Iudici enim omnium rerum officium, incumbit quaecunque in iudicio versantur. *l. 25. §. 8. D. de aedilitio edicto.*

n) In venditionibus enim, quae publice fiunt, sub hasta pretium succedit in locum rei. PHILIPPI *de subhastat. cap. IV. com. 18. nr. 25. ibique allegat.*

Rechtens nicht dringen, sondern Statt desselben, das dafür gelösete Geld annehmen müsse. V. R. W.

LXXXX.

Rechtliches Gutachten

nach G** in Februar 1771.

Wenn gleich an sich ehrenrührige Handlungen Jemanden vorgehalten werden, so stellt er dennoch deshalb die Injurienklage fruchtlos an, wenn solcher Vorhalt gegründet und, ohne Absicht ihn zu beschimpfen, geschehen ist.

Als uns ein Stück Privatacten in Sachen des herrschaftlichen Pachters, J. Chr. M** zu Gn**, Klägers an einem, wider Mstr. H. A. Sch**, daselbst, Beklagten am andern Theil, pcto injuriarum im Jahr 1771 vor dem herzoglich sächsischen Amte B** ergangen, nebst einer Frage zugeschickt, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen wir vor Recht:

Hat Sch** mit dem Pachter M** einen Injurienproceß gehabt, worinne er diesem nicht nur eine Abbitte und Ehrenerklärung thun müssen, sondern ist er auch ausserdem von dem Amte bestraft worden. Ist es nun auch geschehen, daß, als beyde mit einander aus der Amtsstube nach Hause gehen, der Pachter M** unterwegens darüber vergnügt, Sch** hingegen desto mißvergnügter ist, zumahl jener gegen ihn die Worte: ja! ja! Sch** wir kommen noch weiter zusammen, wir sprechen weiter einander: sich verlauten läßt. Hat nun aber bereits vor 10 Jahren, als die Gemeinden Gn**, N** und Gr** für die Königlich Preußischen Reuter auf des Sch** Boden eine zusammen gebrachte Menge Hafer aufgeschüttet gehabt, der Pachter M**, nachdem diese Reuter jählings aufgebrochen und den Hafer zurückgelassen, diesen mit seinen Knechten eigenmächtiger Weise, als Sch** eben nicht zu Hause gewesen, mittelst Einsteigens auf den Boden, von solchem heruntergehohlet und selbst des Sch** seinen darunter befindlichen Antheil Hafer mit fortgenommen. Hat Sch** dahero bey jener Gelegenheit, da der Pachter M** die obangezogenen Worte sich gegen ihn verlauten lassen, selbigem solches vorgehalten,

gehalten, und ihm, wenn er nicht Friede hielte, deshalb bey seiner Obrigkeit zu verklagen gedrohet. Hat der Pachter M** dieses, weil das Einsteigen nur von Dieben geschehe, für eine neue Injurie aufgenommen, und Sch** deshalb verklaget. Entstehet dahero die Frage:

Ob die von dem Pachter M** wider Sch** erhobene Injurienklage Statt habe? oder, ob nicht vielmehr Sch** davon zu entbinden und Kläger mit derselben ab und zur Ruhe zu verweisen, auch sämtlich verursachte Kosten zu erstatten schuldig sey?

Ob nun wohl Sch** den Pachter M** nicht beschimpft haben will, weil eines Theils M** ihn zu erst mit den Worten: ja! ja! Sch** wir kommen noch weiter zusammen, wir sprechen weiter einander: angeredet, und er, Sch** hierauf, ohne Absicht den Pachter M** zu beleidigen, sondern nur um Friede und Einigkeit herzustellen, in Einfalt darauf die Worte: Seiner Drohung halber ziehe ich nicht aus dem Dorfe, und, wenn er mich nicht zufrieden läßt, so sehe ich mich genöthiget, ihn annoch in W** zu verklagen, daß er in meinen Boden eingestiegen ist: erwiedert hätte; andern theils, Niemand bey dieser Rede zugegen gewesen, und dritten Theils, das Einsteigen auf seinem, Sch**, Boden auch in der Wahrheit gegründet wäre, gestalten M**, im Jahr 1761, als er, Sch** nicht zu Hause gewesen, mit einigen seiner Hofknechte, welche Säcke bey sich gehabt, in sein Hauß gekommen, mit seinen Knechten die Treppe hinauf sich begeben, unter dem Dache hinüber auf den Boden gekrochen und eingestiegen, die Thür erbrochen und des Hafers, welcher daselbst von der Gemeinde Gn**, N** und Gr** für die Königlich Preußischen Reuter zwar aufgeschüttet gewesen, den diese aber, wegen ihres baldigen und jählingen Ausbruchs, nicht verbrauchet, sondern mehrentheils zurückgelassen, mit Gewalt, bis auf 6 Maas, die er nicht fortbringen können, sich bemächtiget hätte; mithin, daß die von M** wider Sch** angestellte Injurienklage nicht Statt finde, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. das Einsteigen in eines fremden Hauß ohne dessen Willen eine ehrenrührige Handlung ist; und also auch dasselbe, wenn man es Jemanden vorwirft, für eine Beschimpfung zu halten ist, es mögen zur Zeit, da solches geschehen ist, andere Leute zugegen oder nicht zugegen gewesen seyn; folgbar des Pachters M** wider Sch** angestellte Injurienklage,

rienklage, welche derselbe damit, daß Sch** ihm zu seiner Bekränkung vorgeworfen und gesaget: er wäre einmal in seinen Boden eingestiegen! begründet hat, an sich betrachtet nicht unstatthaft ist, zumal da auch die blose Wahrheit des vorgeworfenen Verbrechens dieselbe nicht entkräftet o); indessen, wenn die Geschichte mit dem Einsteigen wahr seyn und Sch** würklich nicht aus Schmähsucht, sondern nur in der Mase, wie in den Zweifelsgründen angeführet worden, des Einsteigens gegen den Pachter M** gedacht haben sollte, die angestellte Injurienklage hiedurch ihre Kraft verliehren und Sch** billig davon zu entbinden seyn würde, masen alsdenn, wenn jemanden ein wahres Verbrechen, nicht so wohl um ihn zu beschimpfen, vorgeworfen, sondern dasselbe ihm nur aus einem Gemüthsschmerz, dessen Zudringlichkeit von sich abzuhalten, und daß er uns weiter auf keine Art beunruhige, gestalten man solches sonst der Obrigkeit anzeigen würde, zu erkennen gegeben wird, dieses, wegen der dabey fehlenden Absicht den andern zu beschimpfen, für keine Injurie aufgenommen werden darf p): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die von dem Pachter M** wider Sch** erhobene Injurienklage, vor sich betrachtet, zwar Statt habe, jedoch Sch**, wenn er die darwider vorgeschützte *exceptionem deficientis animi injuriandi* und die *exceptionem veritatis* erweiset, davon, mit Vergleichung der Unkosten, zu entbinden sey. V. R. W.

LXXXXI.

Von der Unverbindlichkeit eines Collegiums aus denen Nahmens desselben geschehenen Handlungen seiner Vorfahren, und der deshalb angebrachter masen verworfenen Klage.

§. 1.

Es ist eine sehr strittige Frage: ob in dem Falle, da ein Collegium unrecht gehandelt und hierdurch jemanden geschadet hat, die Glieder desselben aber nach der Zeit entweder ganz oder zum Theil sich geändert haben,

o) *l.* 5. *C. de iniur.* WERNHER *part.* I. *obs.* 304.

p) *l.* 5. *C. de iniur.* worinne es ausdrücklich heist: Si non conuicii consilio te aliquid iniuriosum dixisse probare potes: *fides veri a calumnia te defendit.* STRYV *exerc.* 48. *th.* 55.

ben, z. E. daß selbige abgestorben und neue an deren Stelle gekommen sind, dieses in den Gliedern sich geänderte Collegium, jener unrechten That wegen, annoch belanget werden kann? Diejenigen, welche dieses in besondern akademischen Streitschriften behaupten, sind IO. FLORENS RIVINVS q) und IO. TOBIAS RICHTER r). Hingegen diejenigen, welche solches in eben dergleichen Schriften verneinen, sind NICOLAVS HIERONYMVS GVNDLING s), TRAVGOTT THOMASIVS t) und CAROL. FRID. CHRISTI. BECKER u).

§. 2.

Gedachter RIVINVS und BECKER sind durch zweye in Chursachsen vorgekommene Fälle, deren jeder dem andern ähnlich ist, zu ihren Abhandlungen veranlasset worden. Es läßt nämlich ein Bürger die Obrigkeit bitten, ihm in seinem Hause seinen letzten Willen abzunehmen. Die Obrigkeit schickt darzu den Gerichtsschreiber mit einer Rathsperson ab. Vor selbigen errichtet der Bürger sein Testament. Allein nach seinem Tode wird solches von des verstorbenen Anverwandten als ganz ungültig errichtet angefochten, weil, nach der XXIIIsten chursächsischen Decision, ausser den Gerichtsschreiber nicht zwey Schöppen zugegen gewesen. Es geschiehet, das Testament wird für null und nichtig erkläret. Der darinne zum Erben eingesetzt gewesene Erbe kommt hiedurch um eine beträchtliche Erbschaft. Er stellt darauf wider den Magistrat auf die Ersetzung des ihm daraus entsprungenen Schadens an, obgleich von den damaligen Mitgliedern, als die Illegalität bey der Aufnahme des Testaments geschehen, zur Zeit der angestellten Klage nur annoch wenige Personen am Leben, sondern lauter neue Glieder an deren Stelle gekommen sind. Dahero denn auch das beklagte Rathscollegium die Einrede vorschützt, daß Kläger sich an diejenigen, welche solche illegale Handlung vorgenommen, oder deren Erben, zu halten verbunden sey.

Allein es wurde dem ungeachtet erkannt, daß Beklagter auf die Klage sich einzulassen und zu antworten schuldig. Weil er nun solches auf

q) in diss. *de culpa ab vno collegarum commissa a toto collegio praestanda.* Lips. 1742.

r) in diss. *de obligatione in collegiis ex antecessorum factis.* Lips. 1754.

s) in diss. *de vniuersitate delinquente eiusque bonis.* Hal. 1724.

t) in problem. iuridic. I. *an ex facto antecessorum illicito teneatur collegium.* Lips. 1733.

u) in diss. *an et quatenus collegium culpam ab vno alterone ex suis membris vel antecessoribus commissam praestare teneatur?* Goetting. 1741.

auf den Fall bereits gethan, der Klage aber nicht allenthalben geständig: so ist Kläger den Grund derselben so viel ihm daran verneinet worden, binnen sächsischer Frist, Beklagtens Gegenbeweiß, Eydesdelation und andere rechtliche Nothurft in ebenmäsiger Frist vorbehältlich, wie Recht, zu erweisen verbunden.

Nach geführten Beweiß und Gegenbeweiß erfolgt darauf das Endurthel: daß Kläger dasjenige, so ihm zu erweisen auferleget und er sich angemaset, zur Nothdurft erwiesen. Derowegen Beklagter den durch Errichtung des zu Recht unbeständigen letzten Willens Klägern zugezogenen erweislichen Schaden, auf richterliche Ermäsigung, abzustatten pflichtig; jedoch werden die Unkosten gegen einander verglichen und aufgehoben.

Die Entscheidungsgründe dieses Urthels sind hauptsächlich, weil ein Collegium vor dasjenige, was in dessen Nahmen geschiehet, allerdings zu stehen, und, weil es niemalen stirbet, sondern mit andern Gliedern besetzt wird und bleibet x), derer Amtsvorfahren Handlungen, zumalen wenn wegen eines Verbrechens nicht eine körperliche Strafe zu leiden, sondern nur ein Geldinteresse zu leisten sey, zu entgelden pflichtig wäre und sich es beyzumessen habe, daß es durch dergleichen Personen, so der Rechten nicht völlig kundig gewesen und behörige Legalität erwiesen, die Handlungen der Gerichtsbarkeit hätte verwalten lassen.

Beklagter Magistrat wendet darwider eine Leuterung ein. Worauf denn zwar das vorige Urthel bestätiget, jedoch die Erklärung angehänget wird: daß, daferne die Abstattung und Ersatz des durch das am 4ten May des 1729sten Jahres verfertigten, zu Recht unbeständigen letzten Willens Leuteraten zugezogenen Schadens aus Leuterantens Cämmerey- und Rathsgütern entweder gar nicht, oder nicht völlig zu erlangen seyn sollte, solchen Falls Leuteraten berührten Ersatz bey denen zu oberwehnter Zeit in Rath gewesenen Rathsgliedern, und derer davon nach der Zeit verstorbenen Rathspersonen hinterlassenen Erben aus deren eigenen Vermögen zu fordern unbenommen bleibet; da hingegen diejenigen Personen, welche erst nach dem 4ten May 1729 in den Rathstuhl gekommen, vor sich und von ihren Mitteln

x) *l. 7. §. 2. D. quod cuiusc. vniuers. nom.*

Mitteln Leuteraten auf vorgedachten Fall schadlos zu halten nicht verbunden.

Man siehet also, daß, nach diesem Erkänntnisse, hauptsächlich der Magistrat selbst aus seinen Rathsgütern, sodann zur Hülfe diejenigen, welche zur Zeit des begangenen Fehlers Rathsglieder gewesen, oder, Statt deren, ihre Erben, nicht aber die nach der Zeit in das Rathscollegium gekommenen neuen Rathsglieder haften sollen. Es wird blos der Fall ausgenommen, da die Vorfahren eines Collegiums so etwas verbrochen, derentwegen eine Leibesstrafe Statt findet. Alsdenn sollen blos unmittelbar diejenigen, so das Verbrechen begangen, nicht aber das Collegium selbst die Strafe dulden, weil einer vor den andern wohl eine Geld, nicht aber Leibesstrafe übernehmen kann.

Ich halte aber dafür, daß die Gegenpartie, welche nämlich die obberegte Frage verneinen, den Rechten gemässer sey, obgleich kein Theil, seine Meinung aus aufgeklärten und entwickelten Begriffen in gehöriger Ordnung darzuthun, bemühet gewesen ist. Vielleicht giebt folgende Abhandlung in dieser Sache ein mehreres Licht. Welche ein sehr merkwürdiger am Ende hinzugefügter Fall nebst dem darinne gesprochenen Urthel veranlasset hat.

§. 3.

Ein **Collegium** oder **Amtsgesellschaft** ist eine aus mehr als zwoen Gliedern bestehende Gesellschaft, so wegen eines gewissen ihr eigenen Endzweckes auf beständig errichtet worden. Und zwar ist dieses geschehen entweder unter öffentlicher Auctorität, das ist, in Gemäsheit öffentlicher Gesetze oder mit Genehmigung des Obern, wegen eines erlaubten Endzweckes, oder nicht. Im ersten Fall wird es ein **erlaubtes Collegium** oder eine **Universität** y), im zweyten Fall aber ein **unerlaubtes Collegium** z) genennet.

§. 4.

Gegenwärtig betrachten wir nur das erlaubte Collegium oder eine Universität. Dessen Arten so mancherley sind, als es nur mancherley End-

y) *l. 1. pr. l. 7. §. 2. D. quod cuiusc. vniuers. nom. l. 3. §. 1. D. de colleg. et corpor.*

z) *l. 3. §. 1. D. de colleg. et corpor. l. 8. C. de hered. instit.*

Endzwecke giebet, womit sich jedes Collegium beschäftiget. Denn durch die Verschiedenheit des einem jeden Collegio eigenen Endzweckes, wird auch unter ihnen eine Verschiedenheit hervorgebracht. So giebt es Collegia in Justiz- Policey- Handwerks- und andern Sachen. Die Rechte und Verbindlichkeiten welche ein Collegium als Collegium hat, heissen **Collegialrechte, Collegialverbindlichkeiten** (jura collegialia, obligationes collegiales, seu iura collegii, obligationes collegii).

§. 5.

Die Glieder eines Collegiums nennen sich **Collegen** oder **Amtsgenossen** (collegae seu sodales) a). Selbige sind sammt und sonders verbunden dasjenige zu thun, was mit der Errichtung des Collegiums übereinstimmet, und also demselben nützlich, alles dasjenige aber zu unterlassen, was demselben zuwider, und also nachtheilig ist. So darf, zum Exempel, ein Justitzcollegium nicht wider die Gerechtigkeit handeln, sondern es muß selbige in allen Stücken zu befördern suchen. Es entstehet die gedachte Verbindlichkeit der Collegen so bald sie sich in das Collegium aufnehmen lassen und hiedurch würkliche Collegen geworden sind. Sie machen zusammen genommen das Collegium aus, und werden dahero für eine mystische oder moralische Person gehalten b). Dahero denn auch das Collegium ein Collegium zu seyn nicht aufhöret, so lange nur noch ein Glied desselben vorhanden, und die Stelle der abgegangenen Glieder wiederum mit andern Subjecten besetzt wird c).

§. 6.

Die Ursache, weshalb ein Collegium mit mehr als zwoen Gliedern (§. 3) und also wenigstens mit dreyen Personen errichtet wird d), ist, weil die Geschäfte des Collegiums, wenn in deren Beschliessung die Glieder nicht einig seyn sollten, dem ungeachtet befördert werden können, und sodann dasjenige geschehe oder unterlassen werde, welches die mehresten für gut halten e). Welcher Endzweck, Falls die Glieder des Collegiums eine

a) *l. 41. §. 1. et vlt. l. 42. et l. vlt. D. de excus. l. vlt. D. de colleg. et corpor.*

b) *l. 2. D. quod cuiusc. vniuers. nomin. l. 22. D. de fideiuss. et mandator.*

c) *l. 7. §. 2. D. quod cuiusc. vniuers. nom. l. 76. D. de indiciis.*

d) *l. 85. D. de verbor. signif.*

e) Siehe GROTIUS de *iure belli et pacis, lib. 2. cap. 5. §. 17.*

eine gerade Zahl ausmachten, nicht zu erreichen stünde, woferne nicht einem unter ihnen, der in einer gleichen Uneinigkeit schwebenden Sache den Ausschlag zu geben, vorzüglich das Recht verwilliget seyn sollte. Wenn dieses geschiehet, so kann auch ein Collegium mit zweyen Personen errichtet werden f).

§. 7.

Die Collegialrechte und Verbindlichkeiten, sind diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche ein Collegium als Collegium hat (§. 4). Was man also einem Collegio schuldig ist, das ist man nicht den einzelnen Gliedern desselben schuldig, so wie die Verbindlichkeit des Collegiums für keine Verbindlichkeit der einzelnen Glieder gehalten werden mag g). Es sind aber die Rechte und Verbindlichkeiten eines Collegiums Theils aus dessen Fundation, Theils aus der Natur seines Endzweckes, Theils aus den darüber errichteten Verträgen zu bestimmen. Welche letztere aber alsdenn nur eine Gültigkeit haben, wenn sie nicht dem gemeinen Besten und dem Verbothe öffentlicher Gesetze zuwider sind h).

§. 8.

Aus dem so eben angezeiget worden, läst sich also folgern, daß, wenn die Glieder eines Collegiums, Nahmens desselben, dessen Fundation, Endzweck, Verträgen gemäs gehandelt, sie alsdenn hiedurch das Recht und die Verbindlichkeit nicht auf sich, sondern auf das Collegium gebracht haben. Denn sie haben als Collegium gehandelt. Da denn auch das Collegium der Sache wegen klagen oder verklagt werden kann, wenn gleich nur noch einer von dem Collegio vorhanden seyn sollte (§. 5) i). Hingegen haben sie jenen Stücken etwas zuwider unternommen, so sind sie zwar hiedurch für ihre Person verbindlich worden, dem Collegio selbst aber haben sie dadurch keine Verbindlichkeit aufbürden mögen, ob sie gleich sämmtlich oder zum Theil in Nahmen des Collegiums die Handlung unter-

f) STRYK in *vsu mod. pand. lib.* 27. *tit.* 22. §. 1.

g) *l.* 7. §. 1. *D. quod cuiusc. vniuers. nomin.* wo es heist: *Si quid vniuersitati debetur*, singulis non debetur: nec *quod debet vniuersitas* singuli debent.

h) *l.* 38. *D. de pactis.* *l.* 4. *D. de colleg. et corp.*

i) Dahin ist also der *l.* 7. §. 2. *D. quod cuiusc. vniu. nom.* in den Worten: Sed si vniuersitas ad vnum redit, magis admittitur, posse eum *conuenire*, et *conueniri*: cum ius omnium in vnum reciderit, et stet nomen vniuersitatis: zu verstehen.

unternommen haben sollten. Denn ein erlaubtes Collegium hat nur ein Befugnis etwas erlaubtes zu unternehmen (§. 3). Dasjenige aber, was dessen Fundation, Endzweck, Verträgen zuwider ist, kann keineswegen für etwas erlaubtes gehalten werden. Darinne machen die Glieder das Collegium nicht aus. Haben sie also gleich des Nahmens Collegium sich dabey bedienet, so haben sie doch der Sache selbst nach, nicht als Collegium gehandelt. Der Gebrauch des Nahmens Collegium ist alsdenn als ein Mißbrauch anzusehen, dessentwegen blos diejenigen, welche diese unerlaubte That begangen, für ihre Person zu haften haben.

§. 9.

Bey dieser unerlaubten That (§. 8) entstehet die Frage: Wie sie für ihre Person haften? Ich antworte, es haftet ein jeder, weil sie samt und sonders, nicht wider die Fundation, Endzweck und Verträge des Collegiums zu handeln verbindlich gewesen (§. 5). Denn ein jeder muß auch bey den Handlungen seiner Collegen nicht sorglos seyn, sondern, nach Möglichkeit k), zu verhindern suchen, daß keiner derselben in Geschäften des Collegiums etwas thue oder lasse, welches den Collegialrechten und Verbindlichkeiten zuwider ist. Ist dieses dennoch geschehen, so haben sie entweder alle der unerlaubten That sich unmittelbar theilhaftig gemacht, oder nicht. Ist das erste, so haften sie insgesammt l), und zwar daß sie den dadurch verursachten Schaden aus ihrem eigenen, nicht aber des Collegiums Vermögen zu ersetzen haben, weil sie nur den Nahmen, nicht aber der Sache nach, als Collegium gehandelt haben. Hierzu kommt, daß die Güter des Collegiums zu dessen beständigen Unterhalt dienen. Deren Substanz dahero die Glieder, so eben zu der Zeit das Collegium ausmachen durch ihr unerlaubtes Beginnen nicht schmälern können, ob sie gleich sich selbst der ihnen davon zufallenden Nutzung durch ihre unerlaubte That verlustig

k) Dahin ist *l. 2. D. quod quisque iuris* zu verstehen, wo es heist: Hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri nam si adsessoris imprudentia ius aliter dictum sit, quam oportuit: *non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adsessori.* Es muß hierbey billig voraus angenommen werden, daß dem Magistrat in der Wahl dieses ungeschickten Beysitzers keine Schuld beyzumessen ist. BRUNNEMANN ad *h. l. num.* 3.

l) *l.* 9. §. 1. *D. quod metus causa.* In den Worten: et ideo siue singularis sit persona, *quae metum intulit*, vel populus, vel curia, vel *collegium*, vel corpus, huic edicto locus erit. Hier ist unter dem Worte collegium nicht das collegium selbst als eine einzige moralische Person in abstractem Begriffe zu verstehen, sondern sämtliche Glieder des Collegiums, welche die Furcht eingejagt haben.

verlustig machen mögen. Sie haften aber insgesammt in der Mase, daß wenn es vorsätzlich (dolo) geschehen, daß sie sich der unerlaubten That theilhaftig gemacht, ein jeder für das Ganze stehen muß (tenetur quilibet in solidum), daß nämlich der Beleidigte unter allen, denjenigen, welchen er will, alleine wegen seiner völligen Befriedigung in Anspruch nehmen kann m). Ist es aber nicht vorsätzlich (culpa) geschehen, so haftet ein jeder nur zum Theil, wenn der Beleidigte von ihnen entschädiget werden kann n).

§. 10.

Wäre das zweyte, daß sie nämlich an der unerlaubten That nicht alle unmittelbar Theil genommen, so hat sich der Beleidigte zuvörderst an den oder diejenigen zu halten, welcher oder welche ihm unmittelbar geschadet gehabt o), oder deren Erben p), und, wenn er von selbigen nicht befriediget werden kann, so haften dessen damalige Collegen q), es wäre denn, daß diese dabey alle Schuld von sich abzulehnen vermöchten, und sich, zum Exempel, durch eine Protestation verwahret hätten, daß sie keinesweges in das Unternehmen ihrer Collegen stillschweigend mit eingewilliget haben wollten. Nehmen wir an, daß dieses geschehen, so hätten sie durch die Protestation allerdings die Verbindlichkeit von sich abgelehnet, welche sonst aus ihren Stillschweigen auf sie zu bringen gewesen seyn würde r).

§. 11.

Gesetzt also daß die Glieder eines Collegiums Nahmens desselben einen Contract geschlossen, z. E. ein Darlehn erborget, so ist doch das Collegium selbst anders dadurch nicht verbindlich, als wenn solches zum Besten des Collegiums geschehen s). Denn auf andere Art haben sie Nahmens des Collegiums auf dieses keine Schuld bringen können. Dahero

m) *l. 7. D. de magistr. conu.*

n) *d. l. 7. D. l. 3. C. de magistrat. conu.*

o) *l. 1. §. 9. D. de magistr. conuen.*

p) *l. 3. C. de diuid. tut.*

q) *l. 1. §. 9. D. de magistr. conu. l. 11. pr. D. ad municip. l. 5. C. de fabricens.*

r) Facta protestatione cessat praesumtio consensus, qui forte ex silentio nostro alias inferri posset. HENR. AYRER in diss. *de collisione protestationum illustrium sect.* 1. §. 4. Goetting. 1749.

s) RUD. CHR. HENNE progr. *de mutuo a collegiis et corporibus contracto.* Erford. 1774.

hero wenn auch ihre Nachfolger Nahmens des Collegiums für die Schuld haften und selbige aus der Amtscasse bezahlen sollen, so muß der Gläubiger die Verwendung des Geldes in den Nutzen des Collegiums erweisen können, oder, wenn er dieses nicht vermag, sich selbst an die Darlehnsnehmer halten t).

§. 12.

Um so viel weniger mögen nun auch sämmtliche Glieder eines Collegiums durch ihre Verbrechen ihre Amtsnachfolger verbinden (§. 8). Denn soll jemand wegen des Andern seines Verbrechens haften, so muß ihm dieses ein Gesetz entweder unmittelbar oder mittelbarer Weise wegen seiner verbindlichen That auferlegen. Denn alle Verbindlichkeit entspringet entweder unmittelbar oder mittelbar aus dem Gesetze. Das erste ist nicht, sondern die Gesetze ordnen vielmehr ausdrücklich, daß ein jeder wegen seines Verbrechens selbst büssen sollte u). Ein Amtsnachfolger tritt nur in die collegialischen Rechte und Verbindlichkeiten, das heist, in diejenigen, welche seine Vorfahren in dem Amte auf das Collegium als Collegium gebracht haben (§. 4). Durch Begehung eines Verbrechens haben aber seine Vorfahren niemals als ein erlaubtes Collegium handeln können (§. 8). Dadurch haben sie auf keine Weise das Beste des Collegiums befördert. Wäre ja dadurch allenfalls ein unerlaubter Gewinst auf das Collegium gebracht worden, so ist selbiger aus der Amtscasse zu ersetzen. Weiter geht diese Sache dem Nachfolger nichts an x). Das zweyte fällt hier auch weg, weil er das Verbrechen weder selbst begangen, noch Antheil an selbigen genommen, noch auch dafür zu haften versprochen, sondern blos in das Collegium, als ein Mitglied aufgenommen, und hiedurch nur in die collegialischen Rechte und Verbindlichkeiten eingeflochten worden ist. Dahero muß der Beleidigte, wegen des Verbrechens eines Collegiums, nicht das Collegium selbst, sondern diejenigen welche ihm geschadet haben, nahmentlich in Anspruch nehmen. Hieher gehört, wenn die Glieder eines Collegiums unter den Nahmen des Collegiums jemanden geschmähet, oder ein übel Urtheil gesprochen oder sonst ungerecht wider ihn verfahren, daß sie sich des Syndicats schuldig gemacht haben.

Rechts-

t) *l. 27. D. de reb. cred. l. 23. C. de decurion.*

u) *l. 22. C. de poenis.* wo es heist: Peccata suos teneant auctores, nec ulterius progrediatur metus, quam reperiatur delictum.

x) *l. 15. §. 1. D. de dolo malo.*

Rechtsfall.

Ein Adelicher geräth in den Verdacht, als wenn er einen Referenten bey dem kayserlichen Reichskammergericht beschuldiget habe, daß selbiger sich in einem daselbst anhängigen Processe von seinem Gegner bestechen lassen. Er wird deshalb auf Befehl der Justitzcanzelley in Arrest gebracht. In welchem er, seiner darwider gemachten Vorstellungen und der anerbothenen Caution ungeachtet, 348 Tage zubringen müssen, ehe er wiederum auf freyen Fuß gestellet worden.

Er hält dieses Verfahren für ungerecht und ein solches, das die Justizcanzelley zu seiner Beschimpfung unternommen habe.

Er stellt deshalb nachhero wider die Justitzcanzelley, als dieses Collegium nicht gänzlich mehr aus den Personen, welche den Arrest über ihn beschlossen gehabt, bestehet, die ästimatorische Injurienklage an, mit welcher er zugleich die Criminelklage vereiniget. Er benennt aber nicht die Personen, welche ihm durch den verfügten Arrest geschadet, ob er gleich den Regierungsfiscal mit in diesen Proceß zu verwickeln suchet, und in den Gedanken stehet, daß ihm die Justitzcanzelley als Collegium hauptsächlich haften müsse, ob schon dermalen die Personen in selbigen sich geändert hätten. Die Justizcanzelley läst sich aber auf die Klage nicht ein, sondern verweiset ihn an die Personen, von welchen er beleidiget worden zu seyn vermeinte.

Die Acten werden, nach geendigten Schriftwechsel, hieher geschickt und die Juristenfacultät ertheilt im September 1776 folgendes

Urthel.

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einreden und fernere Schriften J. S. D. von der L** vormals auf M**, Klägers an einem, der M. Sch. Justizcanzeley, und des Hofraths und Regierungsfiscals E. F. B** zu Sch**, Beklagter am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden Wir F. H. zu M——, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, vor Recht:

Daß Kläger vor allen Dingen den geforderten Vorstand, der Unkosten halber, auf 100 Rthl. hoch, durch Bürgen oder Pfand zu bestellen, oder, wasmasen er, alles angewendeten Fleißes unge-

ungeachtet, diese Caution nicht leisten könne, er aber des Rechtens auswarten und dasjenige, was ihm werde zuerkannt werden, leisten wolle, mittelst leiblichen Eydes zu schwören schuldig. Die Hauptsache belangend, hat die erhobene Klage wider die beklagte Justizcanzelley angebrachter masen nicht Statt und ist dabey der mitbeklagte Hofrath B** ausser allen Anspruch zu lassen. Es ist auch Kläger die durch diesen Proceß verursachten Unkosten, nach vorgängiger deren Liquidation und unserer Ermässigung, den Beklagten zu erstatten verbunden. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl I) Kläger, so viel die geforderte Caution, der Unkosten halber, belanget, in den Gedanken stehet, daß er noch immer als der Besitzer seiner ihm entnommenen annoch bey dem kayserlichen Reichshofrath in Streit befangenen Grundstücke anzusehen, und also, bevorab da er einen wahrscheinlichen Grund zum Streit vor sich hätte, sothane Caution zu bestellen nicht verbunden sey; wenigstens er selbige unter den Umständen, worunter er sich befände, zu leisten nicht vermöchte, indem er hierzu weder Bürgen noch Pfand aufzubringen im Stande wäre; und also allenfalls die Cautionsnotul sub ⊙ ad num. act. 16 für hinreichend geachtet werden müsse; sodann II), die Hauptsache betreffend, die num. act. 4 wider die M. Sch** Justizcanzelley sowohl, als den Hofrath und Regierungsfiscal B** erhobene Klage gegründet seyn möchte, indem 1) nicht nur in dem Reichscammergerichtsdecret von 29sten Februar 1772 ad num. act. I, sondern auch in dem herzoglichen Commissorial von 31sten Julius 1773 num. act. 1 enthalten, daß Kläger wider sothane Justizcanzelley und den Fiscal B** mit seinen Beschwerden genüglich gehöret werden sollte; auch 2) diese Beschwerden, Inhalts der Klage num. act. 4, nicht unerheblich zu seyn scheinen, gestalten gedachte Justizcanzelley, nachdem Kläger den Brief sub num. 1. fol. 15. impressi ad num. act. 4 an den Herrn Reichscammerrichter geschrieben, und hierauf das von der höchsten Reichscammergerichtsvisitation verabfaßte Conclusum, Klägern zum Beweiß seines Angebens anzuhalten, in dessen Entstehung aber gegen ihn weiters fiscaliter zu verfahren, untern 15 den Februar 1769, juxt. num. 4 fol. 17. impressi ad num act. 4, erfolget, in pleno, juxt. lit. V fol. 65 impressi, Klägern sogleich arretiren zu lassen, beschlossen hat, und diese Versicherung seiner Person, auf ihren Befehl juxt. lit. A. fol. 13 impressi,

in

in der Mase geschehen, daß Kläger den 9ten März 1769 auf seinen Gütern von einem Officier mit einem Commando Soldaten in Verhaft genommen und nach Sch** in einen Gasthof gebracht, auch daselbst von einem Unterofficier und drey Soldaten bewacht worden, ungeachtet davon, daß gleich auf diese Art wider Klägern zu verfahren der Anfang gemacht werden sollte, in vorgedachtem Concluso nichts enthalten, und die hohe Reichsvisitationsdeputation, besage des Extracts sub † fol. 99. impressi, vielmehr nachhero ausdrücklich, daß sie auf persönliche Arretirung des J. S. von der L**, als des dermaligen Klägers, nie angetragen habe, auch an dessen Arrest so wenig, als dessen Fortsetzung einigen Antheil nehme, zu erkennen gegeben; auch Kläger, ungeachtet der Major von L**, iuxt. num. 2. fol. 22. impressi, sich sehr genau vor ihm verbürgen wollen, des Arrestes, weil der Mitbeklagte Hofrath B**, iuxt. lit. K fol. 25. impressi, auf eine gar zu große Caution von 10000 Rthlr. bestanden, nicht entlassen, sondern derselbe fortgesetzet worden, daß er auch zur Beerdigung seiner darüber aus Kummer verstorbenen Tochter mit Wache begleitet und darauf nach S** wiederum in Verwahrung zurückgebracht, und erst nach einem mehr denn sechsmonatlichen Arreste von dem Mitbeklagtem wider ihn die fiscalische Klage sub V. fol. 61. seq. impressi, angestellet, sodann aber, nach einem langen Zeitverlaufe, auf das in dem obgedachtem Extract sub † enthaltene Conclusum der hohen Reichsvisitationsdeputation von 15den Januar 1770, erst am 19den Februar 1770, iuxt. fol. 99. impressi, seines 348 Tage lang gewährten Arrestes entlassen worden; ferner 3) von Klägern zum Grunde, weshalb sein Klagegesuch wider die Beklagte Justitzcanzelley hauptsächlich statt finde, angeführet wird, daß a) noch jetzo einige der damaligen Glieder der Justitzcanzelley, als seine Einsperrung beschlossen worden, in dem Collegio vorhanden wären, welche das ganze Collegium repräsentirten, und, den Rechten nach, ein Collegium, wenn gleich nach der Zeit dasselbe mit ganz andern Gliedern besetzt worden, dennoch, weil diese neuen Glieder die Stelle der vormaligen Glieder verträten, auch wegen der von diesen vormaligen Gliedern Nahmens des Collegiums gewürkten Verbindlichkeit belanget werden könnten y); zumahl da b) obgedachte Verfügungen in Nahmen des durchlauchtigsten Herzoges, den das ganze Collegium vorstellte, gemacht worden wären, und c) die Justitzcanzelley, nachdem Kläger bey dem Kayserlichen und

y) *l. 7. §. 2. D. quod cuiusc. univers. nom.*

Reichscammergericht seine Beschwerden wegen des erlittenen Arrestes wider die Justitzcanzelley und den Regierungsfiscal B** angebracht, und gedachtes Cammergericht von ihr Bericht erfordert, die Einrede, daß die Klage wider sie, als Collegium, nicht Statt finde, keinesweges vorgeschützet, sondern sich auf selbige eingelassen und nur aus der Person des durchlauchtigsten Herzoges auf das priuilegium primae instantiae austraegalis sich berufen hätte; und, weil hierauf das oberwehnte Reichscammergerichtsdecret von 29ten Februar 1772 ad num. act. 1. erfolget, sie nunmehro auch auf die Klage als Collegium zu antworten verbunden wäre; mithin, daß anders, als geschehen zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. ad I), die Caution der Unkosten halber belangend, Kläger nicht blos nach Erkänntniß der herzoglich M. Sch. Justitzcanzelley, sondern auch beyder allerhöchsten Reichsgerichte, seine Güter seinen Gläubigern, Inhalts der Documente sub A. 1. 2. 3 et B ad num. act. 24, abzutreten gezwungen und ihm die Appellationsprocesse iuxt. doc. sub num. 9. ad num. act. 25 abgeschlagen worden, er auch, nach ergangenen jenen rechtskräftigen Urtheln und geschehener Execution, aus seinen Gütern in ein fremdes Gebiethe, nach W. unter Königlich Schwedische Hoheit sich begeben; und also keine Güter, welche Beklagten zur Sicherheit wegen der Unkosten dienten, besitzet, noch, wie in folgenden dargethan werden wird, wider selbige einen wahrscheinlichen Grund zum Streit vor sich hat, vielweniger von ihm, daß er weder mit Bürgen noch mit Pfand sothane Caution bestellen könne, glaubhaft gemacht worden ist; daß er dahero selbiges zuvor zu beschwören, und sodann die juratorische Caution, jedoch nicht schriftlich, sondern mittelst eines körperlichen Eydes zu leisten hat z); ad II) in Ansehung der Hauptsache aber ad 1) dieses, daß Kläger wider die Beklagte mit seinen Beschwerden genüglich gehöret werden sollte, noch für kein Erkänntniß, daß sothane Beschwerden wider die Beklagte auch würklich gegründet wären, abgiebet, sondern ihm dadurch nur unter der stillschweigenden Bedingung, Falls er mit seinen Beschwerden wider Beklagte auszulangen gedächte, solche wider selbige vor einer darzu anzuordnenden unpartheyischen Commission vorzubringen, die Freyheit gelassen worden ist; unter sothanen Beschwerden aber ad 2) nichts erhebliches

z) *Nov.* 112. *cap.* 2. und *Auth. Generaliter C. de episcop. et cler.* Seyfart in Reichsproc. *lib.* 1. *cap.* 4. §. 16.

ches zu befinden, welches die Klage zugleich wider den Mitbeklagten Hofrath B** für seine Person satsam begründete, masen derselbe die Versicherung des Klägers seiner Person weder erkannt, noch verfüget, noch überall damals mit der Sache etwas zu thun gehabt, sondern erst nachhero darzu excitiret worden, und, daß er das Verfahren der Justitzcanzelley zu vertheidigen und deren Rechte dabey zu bewahren gesucht, Amts halber zu thun schuldig gewesen ist; Kläger auch seiner nur beyläufig und nicht also, daß daraus zu ersehen, ob und was er eigentlich klagend wider ihn anbringen wolle, gedacht, vielweniger sein Suchen wider ihn gerichtet, noch in der Folge des Processes dessen Exceptionsschrift num. act. 12. beantwortet hat; solchemnach Mitbeklagter Hofrath B** bey diesem Processe für seine Person ausser allen Anspruch zu lassen ist, und dabey nur das sub num. 1. ad num. act. 14. aufgetragene Amt eines Procurators der beklagten Justitzcanzelley zu besorgen hat; wider diese aber Kläger seine Bitte dahin gerichtet hat, daß selbige, zur Rettung seiner äuserst gekränkten Ehre, angehalten werden möge, durch ein öffentliches Manifest in den Intelligenzblättern, daß ihm zu nahe geschehen und er unschuldig arretirt worden sey, bekannt zu machen, ingleichen daß sie schuldig erkannt werde, in Betracht der übrigen, ausser dem Verlust seiner Tochter, verursachten Schäden und Kosten, wobey er sich auf die sub △ beygebogene ungefähre Specification beziehe, und die er nur auf 2000 Mk. lötigen Goldes schätzen wollte, diese Summe förderfamst an ihn bezahle, nicht weniger zur Strafe 1000 Mk. lötigen Goldes erlege und sich aller fernern Judicatur in seinen Angelegenheiten gänzlich begebe; solchemnach ad 3) Kläger wider die Justizcanzelley die actionem iniuriarum aestimatoriam mit der Criminelklage vereiniget hat; diese aber ad a) nur wider denjenigen, welcher die Schmähung zugefüget oder durch seine Boßheit selbige veranstaltet hat, statt findet a), es auch der Vernunft zuwider seyn würde, wenn jemand wegen eines Andern seiner unerlaubten That, an welcher er gar keinen Antheil genommen, haften sollte; sondern ein jeder seine Missethat selbst und nicht ein Dritter zu büssen hat, ungeachtet dieser mit ihm besonders verwand, verschwägert oder befreundet seyn sollte b); dahero denn auch weder die Injurien, noch Syndicatklage wider den Erben des Verbrechers

a) §. 11. *I. de iniur. l. 11. pr. D. de iniur.*

b) *l. 22. C. de poenis.* wo es auch heißt: Peccata igitur suos teneant auctores, nec vlterius progrediatur metus, quam reperiatur delictum.

brechers statt findet c), ob dieser gleich sonst den Verstorbenen vorstellet, und, daß letzterer annoch in der Person des Erbens lebe, dafür gehalten wird d); dahero denn auch ein gleiches von einem Collegio zu behaupten ist, daß, wenn dieses eine unerlaubte That begangen, es deshalb zwar hafte, solches aber seinen Nachfolgern in Amte, als welche in die Verbrechen ihrer Vorfahren nicht succediren, keinesweges nachtheilig seyn darf e), sondern der Beschädigte, in Fall das Collegium aus den Personen, welche ihn beleidiget haben, entweder nur annoch zum Theil, oder gar nicht mehr bestehet, sich an seine Beleidiger oder deren Erben nahmentlich zu halten hat f); in mehrern Betracht, daß, wenn ein Collegium etwas unerlaubtes gethan, selbiges alsdenn seiner Bestallung gemäs, nicht als Collegium, sondern als mishandelnde Glieder des Collegiums etwas gethan, wofür ein jeder, der Antheil daran genommen, selbst Rede und Antwort zu geben hat; so gar, daß nicht einmal ein Pupill, wenn das Rathscollegium in Ansehung der demselben obliegenden Vormandschafts Vorsorge seine Pflicht nicht beobachtet, sondern ihm aus Vorsatz oder Nachläßigkeit geschadet hat, deshalb, wenn die Glieder des Rathscollegiums nicht mehr vorhanden, wider das Collegium selbst, sondern wider diejenigen, so ihm geschadet, oder deren Erben, seine Klage zu richten hat g); und aus gleicher Ursache denn auch in der Reichscammergerichtsordnung III. Th. LXIII. tit. ausdrücklich vorgeschrieben worden, daß, wo einige Parthey vermeinet, oder sich aus der Revision befünde, daß aus Betrug oder Arglist, von Schenk, Neid, Gaab, Bitt, Freundschaft, Feindschaft, oder ander dergleichen Ursachen wegen ein nichtige oder ungerechte Urtheil gefällt und geben wäre, dieselbe Parthey in diesem Falle jederzeit sich nicht allein der Revision, zu gebrauchen, sondern auch Fug und Macht haben soll, die Urtheiler, so angezeigter gestalt gehandelt, ad syndicatum zu stellen, und wie sich des Orts vermög der Recht gebühret, gegen ihnen zu handeln; Kläger nun aber selbst gestehet, daß nur noch einige Glieder von denen, so seine Einsperrung beschlossen, in dem Collegio

c) §. 1. *I. de perpet. et temp. act. l.* 15. §. 14. *D. de iniur. l.* 16. *D. de iudic.*

d) *l.* 22. *D. de vsurpat. et vsucap.*

e) *l.* 9. §. 1. *D. quod met. causa.* wo es heist: sine singularis sit persona, *quae metum intulit* - - vel collegium, vel corpus: huic edicto locus erit.

f) TRAVGOTT THOMASIVS *in probl. iurid. an ex facto antecessorum illicito teneatur collegium,* §. IV. NIC. HIER. GVNDLING in diss. *de vniuersitate delinquente* §. 41. LEYSER *spec.* 533. *med.* 8. Struben in rechtlichen Bedenken, 1 Theil. Num. *LXX.*

g) LAVTERBACH in *coll. pract. lib.* 27. *tit.* 8. §. 9.

Collegio der Justitzcanzelley vorhanden wären; folgbar er nicht wider die Justitzcanzelley selbst, als Collegium, sondern nahmentlich wider diejenigen Glieder der Justitzcanzelley, welche ihn am 9ten März 1769 durch die verhängte Arretirung beleidiget, seine Klage richten sollen h), bevorab da ad b) die damalige Justitzcanzelley zwar, wie nicht ungewöhnlich, in Nahmen des durchlauchtigsten Herzoges, nicht aber auf dessen Befehl, die obgedachten Verfügungen gemacht hat, und die Justitzcanzelley, Inhalts des §. 393 und 396 des dasigen Landesgrund-gesetzlichen Erbvergleichs, Serenissimum nicht vorstellet, und Kläger ad c) in seinem gegen die dermalige Justitzcanzelley übergebenen Gegenberichte in adiunct. sub num. 7. ad num. act. 24. Serenissimum ausdrücklich ausgenommen und zu erkennen gegeben, daß die ganze Klage lediglich gegen die Justitzcanzelley gerichtet sey, diese aber in ihrem Berichte iuxt. adiunct. sub num. 6. ad num. act. 24. sich keinesweges auf die Klage eingelassen, sondern nur, weil Kläger, daß die Justitzcanzelley Serenissimum repräsentirte, vorgegeben, daher, das priuilegium primae instantiae austraegalis vorzuschützen, Gelegenheit genommen, in Ernst aber damit nur die exceptionem primi fori gemeinet hat, und Kläger eben deshalb darauf in dem Reichscammergerichtsdecret ad num. act. 1. mit seinen angebrachten Beschwerden an den Herrn Herzog zu M. Sch** zuvörderst verwiesen worden ist; daß dahero nun auch, obigen Gründen nach, die Justitzcanzelley als Collegium auf die erhobene Klage zu antworten nicht verbunden ist, vielmehr Kläger, weil er mit sothaner Klage sowohl die Beklagte Justitzcanzelley, als den mitbeklagten Hofrath B** in vergebliche Unkosten gesetzet, diese selbigen zu erstatten hat: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LXXXXII.

Von einer wegen einer Schenkung unter den Lebendigen zwischen Eheleuten angebrachter masen verworfenen Klage, ob die Schenkung gleich remuneratorisch und gerichtlich insinuirt zu seyn schien.

§. 1.

Wenn ein Ehegatte seinem Ehegatten unter den Lebendigen etwas schenkt, so ist er, der Regul nach, an diese Schenkung nicht gebunden,

h) de CRAMER in *system. proc. imper. sect.* 4. *tit.* 3. §. 1587.

den i), sondern er kann sich deren reuen lassen k). Stirbt der Beschenkte noch vor dem Schenker, so wird die Schenkung schon hiedurch von selbst kraftlos l), und mögen dessen Erben die Geschenke von dem Schenker nicht erzwingen, ob dieser gleich der Schenkung das Versprechen, daß die Geschenke, nach des Beschenkten Absterben, auf dieses seine nächsten Erben kommen sollten, angehängt gehabt hätte m). Denn dieser Anhang kann von keiner größern Gültigkeit seyn, als selbst die Schenkung ist, welcher man selbigen beygefüget hat, weil ein Accessorium die Natur des Principalis nicht ändert, sondern vielmehr annimmt n). Folgbar auf selbiges auch dieses seine Rechte angewendet werden müssen o). Daß also die Schenkung in Ansehung der Erben des Beschenkten eben so unverbindlich ist, als sie solches in Ansehung des Beschenkten selbst war.

§. 2.

Will also der beschenkte Ehegatte, oder, nach seinem Tode, dessen Erbe, wider den noch lebenden Schenker klagen, so muß eine besondere gerechte Ursache vorhanden seyn, welche den Schenker, sein Versprechen zu halten, verbindet, und ihn folglich, dasselbe wieder einseitig zurück zu nehmen oder zu widerrufen, verhindert p). Diese muß die Klage begründen, und ohne selbige findet sie also nicht Statt. Wenn dahero der Kläger solche gerechte Ursache in seiner Klage nicht angegeben, so ist sie fehlerhaft. Weil er aber eine bessere anstellen kann, so wird die erhobene Klage nur angebrachter masen verworfen.

Rechtsfall.

Es wird ein Ehemann krank, welcher, weil er besorget, daß er sterben dürfte, eine Schenkung unter den Lebendigen errichtet. Wodurch er seinem Eheweibe, zur Vergeltung der ihm erwiesenen Liebe und Treue, sein

i) *l.* 3. §. 10. *D. de donat. int. vir. et vxor.*

k) *l.* 32. §. 2. *D. de donat. int. vir. et vxor.*

l) *l.* 32. §. 14. *D. l.* 6. *C. de donat. int. vir. et vxor. l.* 8. *D. de reb. dub.* STRVV *exerc.* 30. *th.* 30. BERGER in *oec. iur. lib.* 2. *tit.* 2. §. 28.

m) CARPZOV *part.* 2. *const.* 13. *def.* 14. BERLICH *part.* 2. *concl.* 15. *num.* 5.

n) *reg.* 42. *de reg. iur. in* 6*to.*

o) *l.* 8. *C. de iure dot.*

p) Von welchen man eine reichliche Anzeige antrift bey dem Berlich in *pract. concluſ. part* 2. *concl.* 15. *num.* 7. *ſeq.* ingleichen bey Meiern in *coll. argent. lib.* 24. *tit.* 1. *th.* 6.

sein Haus mit den darinne befindlichen Mobilien, und ausserdem verschiedene Grundstücke dergestalt zueignet, daß auch nach ihrem Ableben ihre Geschwister selbige haben sollen. Er verrichtet diese Schenkung vor einigen Zeugen, welche den Schenkungsbrief unterschreiben. In selbigem ist zugleich enthalten, daß die Schenkung insinuirt und confirmirt werden solle. Es befindet sich auch dabey eine gerichtliche Confirmation. Allein es geschiehet, daß er wiederum gesund wird und vor ihm sein Eheweib verstirbet. Welche zu ihren Erben einen Bruder hinterläst. Dieser verlangt nunmehro von dem Schenker den an sich behaltenen Schenkungsbrief heraus. Der Schenker wird auch hierzu gerichtlich angehalten. Nachdem dieses geschehen, klagt gedachter Bruder wider den Schenker aus dem Schenkungsbriefe auf die Abtretung der Sachen, welche er seinem Eheweibe, des Klägers verstorbenen Schwester, geschenket hätte. Er verlangt Recognition und Einlassung. Der Beklagte räumt den Legitimationspunkt zwar ein, verweigert sich aber der Recognition, weil selbige, indem er an die Schenkung gar nicht gebunden sey, vergeblich wäre.

Die Acten werden nach geendigten Verfahren hieher geschickt, und man spricht im September 1776 nach G** folgendes

Urthel

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen C. S**, zu R**, Klägers an einem, C. B**, daselbst, Beklagtens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. A. n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. s. w. v. R.

> Daß die Klage angebrachter masen nicht Statt hat. Es ist auch Kläger die verursachten Unkosten, nach vorgängiger deren Liquidation und richterlicher Ermäsigung, dem Beklagten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl aus der zum Grunde der fol. act. 9 befindlichen Klage gelegten Urkunde sub ⊙ fol. act. 10 b seqq. erhellet, daß Beklagter seinem Eheweibe sein Hauß und Hof mit allem Umfange und darinne befindlichen Mobilien nebst verschiedenen nahmhaft gemachten Grundstücken, zur Vergeltung, der ihm erwiesenen Liebe und Treue, auch sowohl bey ge-

 sunden

funden als kranken Tagen geleisteten treuen Pflege und Wartung, dergestalt unter den Lebendigen geschenket hat, daß sie damit nach Gefallen schalten und walten und das völlige Eigenthum darüber haben und geniessen, auch solches nach ihrem Ableben, auf ihre Geschwister erben sollte, anbey diese Schenkung, Inhalts eben der Urkunde, gerichtlich insinuiret und confirmiret worden ist; eine remuneratorische Schenkung aber, oder auch, wie einige dafür halten, eine solche, welche gerichtlich insinuiret worden, unter den Eheleuten bestehet q); überdem Beklagter in seiner Einlassung auf die Klage, die beyden zu Klägers Legitimation gehörigen Umstände daß nämlich sothanes sein Eheweib verstorben, und Kläger, als deren Bruder ihr Erbe sey, fol. act. 30 eingestanden hat; folgbar, wenn Beklagter solches von Klägern producirte Document dem Executivprocesse gemäs recognosciret, die Sache sogleich durch ein Definitiverkänntniß zu entscheiden seyn dürfte; mithin daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. die Schenkungen, welche sich Eheleute unter den Lebendigen machen, sowohl nach den Civil= als Sächsischen Rechten unverbindlich sind r), obgleich selbige in der Mase, daß die geschenkten Sachen, nach des Beschenkten Absterben, auf seine nächsten Erben kommen sollten, geschehen ist s); vielmehr dergleichen Schenkungen, woferne nicht eine besondere gerechte Verhinderungsursache vorhanden ist, von dem Schenker so lange er lebet, widerrufen werden können t); und ob nun zwar zu denen besondern Ursachen, weshalb die zwischen Eheleuten unter den Lebendigen geschehene Schenkung von dem Schenker nicht wiederrufen werden mag, auch die Vergeltung des genossenen Guten und der erwiesenen Treue gehört, als welche nicht in einer schlechten, sondern in einer remuneratorischen Schenkung bestehet, dennoch dergleichen in dermaligem Falle nicht vorhanden ist, weil selbige solche Dienste, derentwegen der Beschenkte von dem Schenkenden mit Recht eine Vergütung fordern können, zum voraus setzet; dahin aber die Dienste, die des Beklagten Eheweib ihrem Ehegatten durch ihre Liebe und Treue erwiesen, auch so wohl

q) CARPZOV *part.* 2. *conſt.* 13. *def.* 16. *et* 18.

r) *l.* 1. 2. 3. *D. de donat. int. vir. et uxor.* Sächſ. Landr. *lib.* 1. *art.* 31. §. Darum mag kein Weib.

s) CARPZOV *part.* 2. *conſt.* 13. *def.* 14. BERLICH *part.* 2. *concl.* 15. *num.* 5.

t) *l.* 32. §. 2. *D. de donat. int. vir. et uxor.* BERLICH *part.* 2. *concl.* 15. *num.* 7. *ſeq.*

wohl bey gesunden als kranken Tagen ihn treulich gepfleget und gewartet, nicht gerechnet werden mögen, gestalten Beklagtens Eheweib ihm solche Dienste schon vermöge ihrer ehelichen Pflicht aus Schuldigkeit, ohne deshalb eine Vergütung fordern zu können, leisten müssen u); sodann die Gesetze bey dem Verboth der Schenkungen unter den Eheleuten keinen Unterscheid unter gerichtlichen und aussergerichtlichen machen; folgbar auch eine solche Schenkung, wenn selbige gerichtlich geschehen, dieserhalb nicht für gültig geachtet werden darf x), bevorab da die gerichtliche Confirmation nichts neues macht, sondern der Richter damit demjenigen, was ihm vorgetragen worden, nur einen öffentlichen Glauben giebet; solchemnach dieses, daß Eheleute ihre Schenkungen gerichtlich insinuiren und dabey eine gerichtliche Confirmation ausbringen, selbige nicht gültig macht y); hierzu auch dermalen noch besonders kommt, daß aus dem qu. Schenkungsbriefe nicht zu ersehen, daß Beklagter, als der angebliche Schenker, selbigen selbst geschrieben, oder von einem andern schreiben lassen, vielweniger seine Unterschrift darunter zu befinden, noch in demselben, daß er solchen den erbethenen Zeugen zur Unterschrift vorgeleget, und sie, selbigen zur gerichtlichen Insinuation und Confirmation zu bringen, ersucht oder wer sonst letzteres besorget gehabt, angemerkt anzutreffen ist; dahero auch in jeglichem Fall, man mag die Klage als eine Executiv- oder ordentliche Klage betrachten, selbige angebrachter masen nicht für statthaft geachtet werden kann, sondern mit einer rechtlichen Ursache, woraus abzunehmen, daß die qu. Schenkung den Rechten nach für vollkommen verbindlich zu halten, begründet werden sollen; daß also auch Kläger, weil er den Beklagten damit nur vergeblich in einen Proceß gezogen, die dadurch verursachten Unkosten zu ersetzen hat: So ist demnach wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

u) *l. 1. D. de ritu nupt. l. 22. §. 7. D. solut. matr. Genes. 2. v. 18. et 24.* LEYSER *spec. 436. med. 2.*

x) Lege non distinguente nec nos distinguere debemus.

y) WERNHER in *sel. obs. for. part. 8. obs. 390.*

LXXXIII.
Von der Cumulation der Klagen.

§. 1.

Derjenige so mehrere Klagen in einem einzigen Klagschreiben mit einander vereinigen und also eine Cumulation der Klagen vornehmen will, muß unter andern vor allen Dingen hauptsächlich auf zwey Stücke seinen Bedacht richten. Erstlich, daß er von jeder Klage ihren eigenen Grund, ohne welchem sie nicht Statt findet, genau anzeige; denn eine Klage ohne ihrem Grund ist eine nichtige Klage. Zweytens muß er zugleich darauf sehen, ob die mehreren Klagen auch so beschaffen, daß die Natur der einen der andern nicht entgegen ist, damit sie bey ein ander bestehen können; denn was sich ein ander widerspricht, das kann nicht zugleich beysammen seyn.

§. 2.

Sollten sich also die mehreren Klagen, welche man zusammen in ein einziges Klagschreiben bringen will, ein ander widersprechen, so darf man sie nicht schlechthin mit einander vereinigen, sondern es muß, um den Widerspruch auszuweichen, alternativisch, das ist, in der Mase geschehen, daß man auf die eine, oder, Falls deren Grund nicht darzuthun seyn möchte, auf die andere zu erkennen bittet. Denn dieses ist in den Rechten nicht verbothen, wenn in vorkommendem Falle die Sache dergestalt zweyfelhaft seyn sollte, daß sich zum voraus mit keiner völligen Gewißheit absehen läst, mit welcher von den mehrern sich ein ander entgegen seyenden Klagen man alleine auslangen dürfte. Da denn am Ende der Richter auf diejenige Klage, welche von dem Kläger hinausgeführet worden, zu sprechen hat.

§. 3.

So können dahero alternativisch mit einander cumuliret werden die Petitorienklage mit einer jeden Possessorienklage, und also mit dem interdicto adipiscendae, oder recuperandae z), oder auch retinendae possessionis. Es sind zwar einige Rechtslehrer a) in Ansehung dieses letzten interdicti anderer

z) CARPZOV *lib. 1. resp. 71. num. 12.* HOPP *ad §. 4. I. de interd.* STRYK *introd. ad prax. for. cap. 1. §. 28.*

a) Wohin fürnämlich diejenigen gehören,

anderer Meinung, weil die Petitorienklage einem Nichtbesitzer, das interdictum retinendae possessionis aber einem Besitzer zustünde, und also die Cumulation wegen des vorhandenen Widerspruchs nicht geschehen könnte; allein eines Theils ist der Satz, daß die Petitorienklage einem Nichtbesitzer zustünde, nicht allgemein wahr, weil sich der Confessorienklage auch ein Besitzer bedienen b), und dahero selbige gar wohl mit dem interdicto vti possidetis vtili vereiniget werden kann b), andern Theils fällt der Widerspruch bey der alternativischen Cumulation hinweg (§. 2). Weshalb denn auch selbige hier ebenfalls zuläßig ist d). So kann auf gleiche Art die querela nullitatis mit der restitutione in integrum e), die querela nullitatis testamenti mit der querela inofficiosi testamenti f), die querela nullitatis mit der actione suppletoria, die actio ex retractu mit der querela nullitatis g), die querela nullitatis mit der querela laesionis enormis h), die actio redhibitoria mit der actione aestimatoria seu quanti minoris cumuliret werden.

Erster Rechtsfall

Von einer angebrachter masen verworfenen Klage, worinne die querela nullitatis mit der restitutione in integrum schlecht hin cumuliret worden.

Eine Witbe, welche etliche eheleibliche Kinder hat, deren Vormünderin sie ist, kauft in Gemeinschaft für sich und diese ihre Kinder im Jahr 1752 ein Hauß für 360 Rthl. Sie wendet auch nachhero auf dessen Verbesserung annoch 100 Rthl. Allein nach der Zeit, im Jahr 1762, verkauft sie dasselbe einseitig mit ihrem Curator anderweit an einen andern vor 450 Rthl. in damaligem gangbaren schlechten Gelde. Gedachte ihre Kinder, sind aber annoch bey Lebzeiten ihrer Mutter mit diesem Verkaufe

 nicht

welche in der allernächst vorherstehenden Note angezogen worden sind.

b) §. 2. *I. de action. l.* 6. §. 1. *l* 8. §. 3. *D. si seruit. vindic.*

c) BOEHMER in *doctrin. de act. sect.* 3. §. 5. WERNHER *part.* 7. *obs.* 234.

d) WERNHER *part.* 4. *obs.* 118. *cum supplem.* BERGER in *oec. iur. lib.* 4. *tit.* 30. §. 5. *not.* 12. und in *elect. proc. possess.* §. 40. Struben in rechtl. Bed. *IIII.* Th. *Num.* 178.

e) BOEHMER in *doctr. de act. sect.* 3. §. 6. WILDVOGEL *resp.* 163. *num.* 22.

f) BOEHMER *l. c.* §. 7. WERNHER *part.* 9. *obs.* 189.

g) BERGER in *oec. iur. lib.* 3. *tit.* 5. §. 13. *not.* 11.

h) BOEHMER *l. c.* §. 6.

nicht zufrieden. Sie glauben, daß selbiger zu Recht nicht bestehe, und ihnen, wegen ihrer Minderjährigkeit, der dabey vorgegangenen sehr unmäsigen Verletzung halber, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anzugedeihen sey. Sie stellen dahero wider den Käufer des Hauses eine Klage an, und bitten, sie wider den Haußverkauf, wegen ihres minderjährigen Alters, der sehr unmäsigen Veletzung halber, ohne Weitläuftigkeit wiederum in den vorigen Stand zu setzen und in den Rechten zu erkennen, daß ihnen das quästionirte Hauß eigenthümlich zustehe und der Kauf desselben null und nichtig, Beklagter also ihnen dasselbe nebst allen daraus gezogenen Nutzungen, gegen Zurückzahlung des Kaufgeldes, wiederum abzutreten und alle verursachten Unkosten zu erstatten schuldig.

Beklagter sucht aber durch verschiedene zerstörliche Einreden die Klage zu entkräften. Es wird endlich in der Sache zum auswärtigen Erkänntniß geschlossen. Und dieses bestehet nach Z** in Junius 1765 in folgendem

Urthel.

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen Actorn Vormunds A. C. K** und Consorten, Klägers an einem, Anwalds J. W. S** Beklagtens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. A. in zwoen Stücken, n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. sprechen Wir vor Recht:

Daß die Klage angebrachter masen nicht Statt hat. Es sind auch Klägere dem Beklagten die Unkosten dieses Processes zu erstatten schuldig. Von Rechts wegen.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl Klägere, zu Begründung ihrer Klage, eine gedoppelte Ursache anführen, daß nämlich der an Beklagten geschehene Verkauf des beregten Haußes Theils null und nichtig wäre, in Betracht, daß ihre Mutter vorhero dieses Hauß nicht bloß für sich, sondern auch zugleich in Vormundschaft ihrer Kinder, der Klägere, zugleich mit diesen in Gemeinschaft, laut des Contracts sub C fol. act. 8. seqq. und dessen gerichtlichen Confirmation sub C. fol. act. 7. von Ehrmannen gekauft, nachhero aber einseitig für sich nur mit Consens ihres Curators, ohne ihrer, der klagenden und derer darunter befindlichen minderjährigen Kinder, Vormünder

münder Einwilligung, mit Hintansetzung der, den Rechten nach, bey Veräusserung der Minderjährigen Güter, erforderlichen Solennitäten, mithin ungültig an Beklagten, laut Contracts sub D. fol act. 12. seqq. und dessen gerichtlichen Confirmation sub D. fol. act. 11. wieder verkauft hätte; Theils aber auch ihnen, Klägern, besonders den Minderjährigen, wider diesen Verkauf, wegen der ihnen daraus entspringenden sehr großen Verletzung über die Hälfte, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Minderjährigkeit halber, zu Statten kommen müßte; anerwogen das qu. Hauß anfänglich nicht nur mit 360 Rthl. in gutem Gelde erkauft, und auf selbiges wenigstens 100 Rthl. annoch verwendet, nachhero aber an Beklagten vor 450 Rthl. in schlechten Gelde, so etwa 170 Rthl. in gutem Gelde ausmachte, also weit unter die Hälfte wohlfeiler verkauft worden sey; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dörfte:

Dennoch aber und dieweil Klägere, daß das qu. Hauß ihnen nicht alleine, sondern auch zugleich ihrer Mutter zuständig wäre, dadurch, daß selbige solches vorhero in Gemeinschaft mit ihnen, als ihre Vormünderin gekauft, und dieserhalb dasselbe nachhero an Beklagten nicht einseitig für sich wiederum verkaufen können, zu behaupten suchen; folgbar sie, Klägere, dahin, daß ihnen das Hauß eigenthümlich zustehe, und der Kauf desselben null und nichtig sey, nicht klagen können, sintemal, jenen angeführten Umständen nach, auch die Mutter an selbigem ihren Antheil hat; mithin Klägere das ganze Hauß alleine zurückzufordern, auch den ganzen Contract als null und nichtig anzusehen, und also auf jene Art die Bitte ihrer Klage einzurichten, keine gegründete Ursache vor sich haben; überdem das remedium restitutionis in integrum und die actio nullitatis von ganz entgegen gesetzter Natur sind, weil jenes ein Geschäfte, so nach der Strenge der Rechte bestehet, diese aber ein solches, welches den Rechten nach ungültig ist, zum voraus setzet; solche Klagen aber, welche dergestalt von entgegengesetzter Natur sind, daß eine von beyden nur Statt finden kann, mit einander in einem Klagschreiben nicht verbunden werden können i); wenigstens, wenn die Cumulation dergleichen verschiedener Klagen in einem Klaglibell geduldet werden soll, man nicht nur in einer gerechten Unwissenheit, welche von beyden Klagen alleine anzustellen seyn möchte,

i) arg. *l. 1. C. de factis* et *l. 25. pr. D. quando dies legat. vel fideic. ced.* BRUNNEMANN in tract. *de concursu, cumulatione et transmissione actionum*, *sect. 2. cap. 5. §. 3. num. 3.* S. 180.

möchte, sich befinden, sondern auch ausserdem selbige nicht schlechthin, sondern nur alternativisch mit einander vortragen muß k); beydes aber in gegenwärtiger Klage nicht anzutreffen ist; mithin auch solche dieserhalb angebrachter Masen nicht für statthaft gehalten werden können; und dahero Klägere, weil sie dem Beklagten damit vergebliche Unkosten verursachet haben, in deren Erstattung zugleich zu vertheilen sind: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannnt worden.

Zweyter Rechtsfall.

Von einer sowohl an sich, als auch in Ansehung der Cumulation unstatthaften querela testamenti rupti et inofficiosi mit der offen gelassenen actione suppletoria.

Ein Vater, der zwey Söhne hat, besitzet ein Frohngütgen mit dem Zubehör und einige ledige Grundstücke. Er errichtet ein Testament, worinne er seine beyden Söhne namentlich zum Erben einsetzet, und die ledigen Grundstücke unter den Buchstaben a) b) c) und d) beschreibet. Er ordnet dabey, daß sein ältester Sohn daß ganze Frohngütgen mit Zubehör und die unter den Buchstaben c) und d) bemerkten ledigen Grundstücke alleine haben und behalten, jedoch dem jüngern Sohne darauf Zweyhundert und funfzig alte Schock an Gelde herausgeben, ausserdem aber auch dieser sein jüngerer Sohn die andern unter den Buchstaben a) und b) bezeichneten ledigen Grungstücke vor sich alleine und zu seinen wahren Eigenthume überkommen sollte. Hiernächst ordnet er auch, daß seine beyden Söhne sich in die etwan vorhandenen Mobilien, Rind- und Schaf- oder anderes Vieh friedlich im gleichen Theilen abtheilen, auch die wenigen Paßivschulden so er etwa hinterließe, bezahlen sollten.

Der Vater stirbt, und sein jüngerer Sohn ist mit diesem Testamente unzufrieden. Er glaubt, daß er dadurch in seinem Pflichttheile verletzet worden. Ja er sucht das Testament gar mit der querela testamenti rupti et inofficiosi wider seinen ältern Bruder anzufechten, und meinet, daß nicht nach dem väterlichen Testamente, sondern nach der Intestaterbfolge der väterliche Nachlaß zwischen ihm und dem Beklagten zu theilen

k) BRUNNEMANN cit. tract. *sect.* 2. *sect.* 3. §. 6. *cap.* 5. §. 7. S. 182. BOEHMER *de action.*

theilen sey. Letzterer setzt ihm aber verschiedene wichtige Einreden entgegen. Die Acten werden, nach geendigten Verfahren, verschickt, und der Schöppenstuhl ertheilt in dieser Sache nach E** in Monath Junius 1776 folgendes

Urthel

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen Georg Heinrich Kellners, Klägers an einem, Hanß Georg Kellners, Beklagtens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. A. n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. s. w. v. R.

> **Daß Klägers Suchen angebrachter masen nicht Statt hat. Es ist auch derselbe die Unkosten dieses Proceßes, nach vorgängiger deren Liquidation und richterlicher Ermäsigung, dem Beklagten zu erstatten schuldig. V. R. W.**

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Kläger das Gesuch seiner Klage dahin, daß das von seinem Vater errichtete Testament als ein testamentum ruptum und inofficiosum annulliret und rescindiret, er aber für den Intestaterben erkläret, folgbar, Beklagter, die sich angemaßte Verlassenschaft mittelst eines zu Recht beständigen Inventariums, oder, in dessen Ermangelung, einer eydlichen Specification, zu seinen Antheil auszuantworten, sowohl wegen der eingehobenen Nutzungen richtige Rechnung abzulegen, auch alle hierunter verursachten Unkosten zu erstatten, für schuldig erkannt werde, gerichtet hat, und solchergestalt, nach seiner ausdrücklichen Erklärung fol. act. 33 b. seq. hereditatis petitionem simplicem, womit vorwaltenden Umständen nach, die querela testamenti rupti ac nulli ingleichen die querela inofficiosi testamenti cumuliret worden, welches den Rechten nach gar wohl verstattet wäre l), angestellet haben will; derselbe auch, zu Begründung der Nullitätsquerel, in der Klage angeführet hat, daß der Vater eines Theils die beyden ledigen Grundstücke welche er ihm in seinem Testamente sub lit. a) und b) beschieden, an Hanß Heinrich Anderßen, zu Ezelbach verkauft, und dadurch nicht nur seine Willens Aenderung zu erkennen gegeben, sondern auch sein Testament in der That rumpiret, so wohl andern

l) BOEHMER in *doct. de action. sect. 2. cap. 3. §. 31.*

dern Theis über die in seinem Testamente sub lit. d) bezeichnete Wiese, welche jedoch zu seiner, des Klägers, vor dem Vater verstorbenen leiblichen Mutter Vermögen gehöret, daß diese sein älterer Bruder, der dermalige Beklagte bekommen sollte, disponiret hätte; welches derselbe jedoch, weil er sich wegen des überhaupt unter dem in seinem Testamente angegebenen väterlichen Vermögen mit befindlichen Muttergute noch nicht abgefunden gehabt, keineswegs gültiger Weise zu thun vermocht; sodann Kläger zu Begründung der querelae inofficiosi testamenti in der Klage gedenket, daß eines Theils die oberwehnten in dem väterlichen Testamente ihm zugetheilten Grundstücke unter dem väterlichen Nachlaße, wegen deren geschehenen Verkauf, nicht mehr vorhanden wären, andern Theils auch das väterliche Gut nebst dem dabey befindlichen Vieh, Schiff und Geschirr, samt denen ledigen Grundstücken, so alles dem Beklagten, seinem ältern Bruder, zu seiner Erbportion ausgesetzt worden, gegen diejenigen Grundstücke gerechnet, die er, Kläger durch das Testament bekommen sollen, ihrem Werthe nach, weit mehr als die Hälfte betrügen, daß er, Kläger dahero an dem ihm gebührenden Pflichttheile gar sehr verkürzet worden sey; solchemnach die Intestaterbfolge Plaz greife, und darnach Beklagter, sein Bruder, ihm, Klägern, seinen Antheil von der sich angemaßten väterlichen Verlassenschaft abzutreten habe; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. die querela nullitatis testamenti und die querela inofficiosi testamenti dergestalt von ein ander unterschieden, daß die querela nullitatis testamenti entweder wegen eines gleich anfänglich ungültig errichteten Testaments, oder wegen einer erst nach der Zeit dasselbe kraftlos machenden gerechten Ursache, die querela inofficiosi testamenti hingegen wegen eines solchen Testaments, in welchem diejenenigen, denen ein Pflichttheil gebühret, zwar förmlich aber unbillig enterbet, oder sonst übergangen worden sind, nur angestellet werden kann; und obgleich die Rescission des Testaments, welche durch die leztere Klage gesucht wird, mit der Erbschaftsforderung, wie Böhmer an dem angezogenen Orte blos behauptet, dergestalt genau verbunden, daß auf beydes zugleich in dem Klagschreiben angetragen, und dahero von dem Intestaterben, das errichtete Testament als ein pflichtwidriges zu rescindiren und Klägern für des Verstorbenen Intestaterben zu erklären, folgbar Beklagter demselben die libellirte Erbschaft abzutreten schuldig, gebethen werden kann, dennoch die

die querela nullitatis mit der querela inofficiosi testamenti, wegen ihrer einander entgegen gesetzten Natur, anders nicht, als nur alternativisch, keinesweges aber schlechthin, wie gleichwohl von Klägern geschehen, cumuliret werden mag m); hiernächst aber auch Kläger beyde Klagen ganz unrichtig begründet hat, gestalten erstlich die querela nullitatis testamenti wenn selbige, wie dermalen geschehen, wegen eines Testaments, so der Testirer durch die nachherige Aenderung seines letzten Willens rumpiret hat, angestellet wird, mit einer solchen Aenderung des Testirers seines letzten Willens, wodurch derselbe sein ganzes Testament, nicht aber etwas von dessen Inhalte aufgehoben hat, begründet werden muß n); für eine solche gänzliche Aufhebung des Testaments aber die in dermaligem Falle angezogene Handlung des Testirers, wodurch derselbe die in seinem Testamente dem Kläger beschiedenen beyden ledigen Grundstücke annoch bey seinem Leben an einen Dritten verkauft hat, keinesweges gehalten, sondern daraus nur so viel gefolgert werden mag, daß der Testirer, wenn er solche Veräusserung ohne dringende Noth vorgenommen, dadurch dem Kläger sothane Grundstücke nur entziehen, im übrigen aber es bey seinem Testamente bewenden lassen wollen o); sodann auch dieses, daß der Testirer etwa zugleich über des Klägers Muttergut, woran er gar kein Recht gehabt, in seinem Testamente mit disponiret hat, nicht das ganze Testament ungültig macht, sondern allenfalls nur so viel würket, daß bloß allein die Verordnung des Testirers, welche diejenigen Stücke, so nicht unter seiner freyen Disposition gestanden, betrifft, für nicht geschehen geachtet werden muß p); zweytens die querela inofficiosi testamenti, wenn selbige wie dermalen, ein Kind wider seines Vaters Testament anstellen will, zu ihrem Grunde, des Kindes zwar förmlich, aber unbillig in dem Testamente geschehene Enterbung erfordert q), Kläger aber in dem väterlichen Testamente, so er anfechtet, nach seinem in der Klage enthaltenen eigenem Geständnisse, mit seinem Bruder, dem Beklagten, titulo institutionis honorabili, zum Erben eingesetzet worden ist; die Verkürzung in dem

m) *l.* 8. §. 12. *D. de inoff. testam.* FRIDERUS *de process. lib.* 3. *cap.* 10. §. 6. BRUNNEMANN in tract. *de concurs. et annul. act. sect.* 2. *cap.* 5. §. 7. BOEHMER *de action. sect.* 3. 6 und 7. *ibiq.* CARRACH *in adnotat.*

n) *l.* 2. *D. de his, quae in testam. del.*

o) §. 12. *I. de legat. ibiq.* HOPP. *l.* 18. *et l.* 24. §. 1. *D. de adimend. et transf. legat. l.* 2. *D. de his quae in testam. del.*

p) *Utile per inutile non vitiatur. c.* 37. *de reg. jur. in 6to. l.* 1. §. 5. *D. de verbor. oblig.*

q) *pr. I. de inoffic. testam. Nov.* 115. *cap.* 8.

Pflichttheile aber, wenn solche gegründet seyn sollte, nur die so genannte actionem suppletoriam oder expletoriam zu Wege bringet r); solchemnach Kläger dem Beklagten mit dem fehlsam erwählten und cumulirten Klagen zugleich vergebliche Unkosten des Processes verursachet hat: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LXXXXIIII.

Von der Kraftlosigkeit einer Quittung gegen die actionem de dolo, actionem in factum und condictionem indebiti.

§. 1.

Ob zwar eine dreyßig Tage alt gewordene Quittung die rechtliche Eigenschaft hat, daß der Gläubiger alsdenn weder die Einrede nicht geschehener Bezahlung, noch sonst etwas darwider einzuwenden befugt ist s); so versteht sich doch solches in der Mase, daß von Seiten des Schuldners weder eine Gefährde, noch sonst ein Versehen, wodurch er sich mit des Schuldners Schaden bereichert, dabey vorgefallen ist. Denn hätte der Schuldner dabey aus Gefährde gehandelt, so stehet dem Gläubiger frey, noch einmal wegen der nicht bezahlten Post die Schuldklage anzustellen, und, wenn ihm der Schuldner die Quittung über die bereits geschehene Zahlung entgegen setzet, solche mit der Replic des Betruges aus dem Wege zu räumen, und den Eyd, wenn er sich sonst keiner andern Beweißmittel bedienen will oder kann, dem Schuldner darüber zuzuschieben. Wie ihm denn auch wegen dieser Replic keine Verjährung, obgleich seit der ausgestellten Quittung noch so viel Jahre verstrichen seyn sollten, entgegen gesetzt werden mag t). Hiernächst ist dem Gläubiger auch gestattet, binnen zwey Jahren, von Zeit des begangenen Betruges, die actionem de dolo wider den Schuldner anzustellen, und ebenfalls sich der Eydesdelation dabey zu bedienen u) oder auch Statt dieser Klage, wenn die zwey Jahr allenfalls bereits verstrichen seyn sollten, die actionem in factum, als

r) §. 3. *l. l.* 30 *pr. l.* 36. *pr. C. de in offic. testam.*

s) *l.* 14. §. 2. *in fin. C. de non num. pecun.*

t) *l.* 5. §. *vlt. D. de doli mali et met. exc.* WERNHER *par.* 2. *obs.* 355 et in *supplem. ad par.* 1. *obs.* 6.

u) *l. vlt. C. de dolo malo.* RIVINVS *in enunc. ad ord. proc. Sax. tit.* 18. §. 16.

als welche erst mit dreyßig Jahren erlöschet, wider ihn zu ergreifsen x).

§. 2.

Wäre es hingegen, daß der Schuldner dabey nicht aus Gefährde gehandelt, sondern mit dem Gläubiger sich geirret haben sollte, so findet alsdenn die condictio indebiti wider ihn als eine persönliche Klage binnen 30 Jahren Statt y). Denn diese Klage ist nicht nur alsdenn, wenn man Jemanden aus Versehen etwas gegeben, welches man gar nicht schuldig war, gegründet, sondern sie greift auch alsdenn Platz, wenn man Jemanden auf gleiche Art eine Schuld erlassen hat z). Denn bey beyden findet einerley Grund zur Wiederherausgabe Statt, daß nämlich der Andere sich mit unsern Schaden nicht bereichern soll a).

Von dem ganz unverbindlichen Erlaß einer Schuld und der deshalb Statt findenden condictione indebiti, giebt folgender Rechtsfall ein schönes Beyspiel.

Rechtsfall.

H** wird dem F** und seinen väterlichen Miterben eine gewisse Summe Geld schuldig, derentwegen er selbigen sein Gut unterpfändlich verschreibet. Es geschiehet, daß H** dieses sein verpfändetes Gut an J** verkauft. Wider welchen F** und seine Miterben nachhero hypothekarisch klagen. Beklagter J** denunciiret diesen Proceß seinem Verkäufer H**, daß er ihn wider solchen Anspruch gerichtlich vertrete. H** thut auch solches und vergleicht sich mit F** und dessen Miterben auf 139 fl. 20 gr. 6 pf. Derentwegen sich diese bis zu deren Bezahlung die Hypothec an dem Gute vorbehalten. J** der die Kaufgelder von dem Gute dem H** noch nicht bezahlet hat, und gerne das Gut von der Pfandverschreibung frey haben möchte, aber besorget, daß H**, wenn er die Kaufgelder demselben bezahlte, jene verglichene Schuld von 139 fl. 20 Gr. 6 Pf. nicht abtragen dürfte, entschließt sich dieses Geld dem F** und dessen Miterben ohne Vorwissen des H**, seines Verkäufers, ge-

 richtlich

x) *l. 28 et 29. D. de dolo malo.*

y) *l. 3. C. de praescr. XXX. vel XL. annor.*

z) *arg. l. 4. et l. 10. D. de cond. caussa data caus. non sec. iuxt. l. 115. D. de reg. iur.* LAUTERBACH *in coll. theor. pract. lib. 12. tit. 6. §. 7.*

a) *l. 66. D. de cond. indeb. l. 14. D. eod.*

richtlich für diesem zu bezahlen und sich darüber quittiren zu lassen. Als solches geschehen, verkauft H** seinen dritten Antheil, so er an einem gewissen Holze hat, welches mehrgedachter F** besitzet, für 400 Fl. Dieser F** bezahlet dem H** diese 400 Fl. Holzkaufgelder bis auf die zuvorerwehnten 139 Fl. 20 Gl. 6 Pf. Welche er ihm gleichsam als noch nicht bezahlet davon abziehet und zurück behält. H**, der sich nicht anders einbildet, als daß diese 139 Fl. 20 Gr. 6 Pf. noch nicht bezahlet wären, weil er sie noch nicht abgetragen, und von dem, was J** gethan, nichts weiß, läst sich auch den Abzug gefallen und stellt dem F** über die 400 Fl., gleich als wenn er sie ihm völlig bezahlet hätte, eine gerichtliche Quittung aus. Zehen Jahr hernach, als H** endlich seine Guthskaufsgelder von J** völlig bekommen soll, rückt dieser mit einer Quittung hervor, daß er für ihm die verglichenen 139 Fl. 20 Gr. 6 Pf. dem F** und dessen Miterben gerichtlich bezahlet hätte, H** der zur Zeit dieser Bezahlung dieses Geld noch schuldig gewesen, muß sich nun auch diesen Abzug gefallen lassen. Allein, weil also F** wegen dieser Bezahlung ihm nicht noch einmal dieses Geld von den 400 Fl. Holzkaufgeldern abziehen sollen, so klagt H** wider F**, daß er diese ihm aus Irthum abzuziehen verstattete 139 Fl. 20 Gr. 6 Pf. wiederum heraus gebe, und schiebet ihm über den Umstand, daß er die ihm, Beklagtem, und seinen Miterben schuldigen 139 Fl. 20 Gr. 6 Pf. von den Holzkaufgeldern inne behalten und abgezogen, im Leugnungsfall den Eyd zu.

Beklagter, welcher vermeinet, daß Kläger auch seine Miterben in Anspruch nehmen sollen, und daß die Klage nicht Statt hätte, läßt sich auf allen Fall auf die Klage ein und verneinet gedachten Umstand.

Die Acten werden zum Spruch Rechtens hieher geschickt, und der Schöppenstuhl ertheilet darüber im December 1768 folgendes

Urthel

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen Mich. H**, Klägers an einem, Georg Bernh. F**, Beklagtens am andern Theil, s. u. f. d. d. e. u. a. b. A. i. 2. St. n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. s. w. v. R.

Daß Kläger zuförderst den geforderten Vorstand der Unkosten halber, auf 30 Fl. hoch durch Bürgen oder Pfand zu bestellen, Beklagter hingegen, seines Einwendens ungehindert, auf

auf die erhobene Klage sich einzulassen und zu antworten schuldig. Weil er nun solches auf den Fall bereits gethan und derselben in den Hauptpuncten bis auf den Umstand, daß er die ihm und seinen Miterben schuldigen 139 Fl. 20 Gr. 6 Pf. von den in Klage gebrachten Kaufgeldern inne behalten und abgezogen, geständig: so ist er den ihm von Klägern über diesen abgeleugneten Umstand zugeschobenen Eyd, nach vorgehendem Klägers Eyd vor Gefährde, abzuschwören, oder sein Gewissen in gehöriger Frist mit Beweiß zu vertreten verbunden. Ergehet darauf ferner was recht ist. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Beklagter, ausser der wegen des Gerichtsstandes angebrachten Einrede, der er sich begeben, annoch folgendes Klägern entgegen setzet, 1) daß er, wegen der geklagten 139 Fl. 20 Gr. 6 Pf. noch mehrere, denen dieser Proceß zugleich angienge, in Anspruch zu nehmen hätte, masen die von Jägern wegen Klägern bezahlten 139 Fl. 20 Gr. 6 Pf. nicht alleine von ihm, Beklagten, sondern, juxt. fol. 23. act. sub A. auch von seinen Miterben als eine väterliche Schuldforderung in Empfang genommen worden wären, sodann 2) daß Klägers Suchen nicht Statt fände, weil er ihm, Beklagtem, nach dem Attestat fol. act. 41. und dem Protocoll fol. act. 54. bereits im Jahre 1758, über die 400 Fl. Holzkaufgelder gerichtlich quittiret hätte; man aber die Einrede nicht bezahlten Geldes weder wider eine gerichtlich gestandene Bezahlung, noch vielweniger wider eine vor länger denn 30 Tagen ausgestellte Quittung vorschützen b), und also auch dem ehemaligen Schuldner darüber keinen Eyd zuschieben könnte c); mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. ad 1) Kläger den Beklagten nicht wegen der von Jägern für ihm, Klägern, bezahlten 139 Fl. 20 Gr. 6 Pf., sondern wegen einer diesen gleichkommenden Summe, so Beklagter von dem ihm, Klägern, schuldigen 400 Fl. Holzkaufgeldern unbefugter Weise abgezogen haben soll, in Anspruch genommen hat; dieser Abzug aber Beklagten alleine und

b) *l. 14. §. 2. C. de non num. pec.* RIVINUS *ad ord. proc. Sax. tit. 39. enunc. 14.*

c) RIVINUS *l. c. tit.* [illegible] *enunc. 15.*

und nicht seine väterlichen Miterben betrift; auch ad 2) Kläger den Grund seiner Klage keinesweges darinne, daß er die Holzkaufgelder nicht erhalten, sondern in dem, daß Beklagter die ihm und seinen Miterben schuldig gewesenen und von Jägern für ihn, Klägern, bereits bezahlten 139 Fl. 20 Gr. 6 Pf. noch einmal von sothanen Holzkaufgeldern, gleich als wenn sie noch nicht bezahlet worden wären, unbefugter Weise abgezogen hätte, gesetzet hat; über welchen Umstand Kläger, weil eine Quittung zwar die Bezahlung, nicht aber eben zugleich dieses, daß selbige auf gehörige Art geschehen sey, schlechterdings beweiset, gar wohl der Eydesdelation sich bedienen, und zu dem Ende auch die condictionem indebiti, weil selbige als eine persönliche Klage, erst nach 30 Jahren erlöschet d), wider den Beklagten anstellen mögen: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LXXXXV.

Von der exceptione spolii, welche der Bürge, wegen des spoliirten Hauptschuldners, dem klagenden Gläubiger entgegen stellet.

§. 1.

Bekannter Masen bestehet die actio spolii in derjenigen Einrede, welche der Spoliirte dem wider ihn klagenden Spolianten, dahin, daß dieser ihm erst den genommenen Besitz der Sache wiedergebe und, bevor solches völlig geschehen, kein gerichtliches Gehör finde, entgegen setzet e).

§. 2.

Eigentlich kann also nur derjenige, welcher spoliirt worden, das ist, welchen man des Besitzes auf unrechtmäsige Art entsetzet hat, dieser Einrede sich bedienen f). Weil aber jedoch das Recht auf den Besitz der Sache zu eines seinen Vermögen gehöret und nicht auf dessen Person haftet, so können diejenigen, welche des Spoliirten Erben oder sonst seine Nachfolger

d) *l. 3. C. de praescript. XXX. vel XXXX annor.*

e) *c. 1. de restit. spoliat. in 6to. cap. 2. et cap. fin. de ordin. coepit.*

f) *arg. l. 1. §. 23. D. de vi et vi arm.* MENOCH *de recup. poss.* in *prae. num. 1. 2.* GAIL. *lib. 2. obs. 129. num. 10.*

folger sind, daß ihnen das Recht mit der Sache abgetreten worden g), die exceptionem spolii ebenfalls aus dem Befugnis des Spoliirten wider den Spolianten gebrauchen, wenn sie von selbigen belanget werden sollten h). Wie denn auch für den Spolianten nicht nur derjenige, welcher unmittelbar selbst Jemanden des Besitzes entsetzet, sondern auch derjenige, welcher solches befohlen oder genehmiget hat, zu halten ist i). Hingegen wider den Erben des Spolianten, oder einen besondern Nachfolger desselben findet die exceptio spolii nicht Statt, wofern der Erbe nicht von dem spolio annoch etwas besitzet, oder betriegerischer Weise, daß er es nicht besitzet, gehandelt hat k).

§. 3.

Es ist die exceptio spolii, ihren Begriff nach (§. 1), nur eine verzögerliche Schutzrede, daß wenn die Entsetzung vor der Klage des Spoliantens, oder nach derselben noch vor der Kriegesbefestigung geschehen, der Beklagte mit selbiger, wenn er sie entgegen setzet, die Einlassung auf die Klage so lange, bis erst die Restitution des Besitzes geschehen, von sich abwenden l), oder, wenn das Spolium erst nach der Kriegesbefestigung von dem Kläger geschiehet, der Beklagte, so bald er von der Entsetzung Nachricht erhalten, mittelst unverzögerter Entgegenstellung der exceptionis spolii den fernern Fortgang des Processes eben so lange, bis nach geschehener Restitution, verhindern kann m).

§. 4.

Dieses vorausgesetzt, wird sich nun desto besser die Frage: ob auch der Bürge, wenn er von dem Gläubiger aus der Bürgschaft belanget

g) BRUNNEMANN in *tract. de cessione actionum, cap.* 4. *num.* 65. STRYK diss. *de iuribus et actionibus non cessibilibus, cap.* 5. §. 25. MEVIUS *par.* 5. *decis.* 588.

h) arg. *l.* 1. §. 23. *et* 44. *D. de vi et vi arm.* ZANGER *de except. cap. XVIII. par.* 2. *num.* 6.

i) SCHWENDENDOERFFER in *proc. Fibib. cap.* 2. *sect.* 9. *pag.* 344. BERLICH *par.* 1. *concl.* 21. *num.* 39.

k) arg. *l.* 1. §. *fin. D. de vi et vi arm.* ibique BRUNNEMANN. *num.* 34. *l.* 2. *C. vnde vi.* ZANGER *de except. par.* 2. *cap.* 18. *num.* 9. CARPZOV *in proc. tit.* 9. *art.* 6. *num.* 45. et *in iurispr. for. part.* 1. *const.* 6. *def.* 9. *num.* 2. MEVIUS *par.* 4. *decis.* 69. *num.* 4. *decis.* 70. *num.* 3. *et part.* 8. *decis.* 382. Add. MARTINI in *proc. iur. tit. XI.* §. 5. *num.* 57. *seq.*

l) Seyfart in Reichsproceß *cap.* 6. §. 7.

m) ZANGER *de except. cap. XVIII. par.* 2. *num.* 13. CARPZOV *par.* 1. *const.* 6. *def.* 6 et 7. RIVINUS in *enunciatis, tit.*

langet wird, wegen der an dem Hauptschuldner verübten Entsetzung die *exceptionem spolii* mit Bestande Rechtens entgegen stellen kann? beantworten lassen. Ich setze zum voraus, daß dem Schuldner selbst diese Einrede noch zustehet, denn hat er sich derselben entweder ausdrücklich oder stillschweigend bereits begeben, so kann sich freylich derselben seinetwegen kein anderer bedienen. Ist nun dieses, daß der Hauptschuldner selbst der exceptionis spolii noch auf keine Weise verlustig worden, so kann der Bürge zwar als Erbe des Schuldners, oder als dessen Nachfolger, daß ihm der Schuldner die spoliirte Sache mit allen seinen daran habenden Rechten abgetreten, sich der Exception, Statt des Schuldners bedienen (§. 2), aber blos als Bürgen steht ihm dieselbe nicht zu, weil derjenige, welcher diese Einrede gebrauchen will, des Besitzes entsetzet worden seyn muß (§. 1). Dieses kann aber der Bürge, weil nicht er, sondern der Hauptschuldner spoliirt worden, nicht darthun.

§. 5.

Es möchte zwar hierwider der Zweifel erreget werden, daß alle Einreden, welche nicht blos mit der Person des Schuldners verbunden, auch dem Bürgen dergestalt zustünden, daß der Bürge auch so gar wider Willen des Schuldners derselben sich bedienen könnte n). Die exceptio spolii aber von der Beschaffenheit wäre, daß sie dem Spoliirten nicht wegen seiner Person, sondern wegen der ihm genommenen Sache zuständig sey (§. 2).

Allein ich antworte, wenn die Gesetze dem Bürgen, auch der Einreden, welche dem Hauptschuldner zustehen und nicht auf dessen Person haften, wider den Gläubiger sich zu bedienen verstatten, so ist solches jedoch nur von solchen Einreden, welche mit der Verbindlichkeit des Schuldners dergestalt verknüpft sind, daß dadurch dieselbe aufgehoben, und also der Bürge deshalb von der Bezahlung der Schuld frey wird, zu verstehen o). Denn nur der Verbindlichkeit des Schuldners wegen stehet der Bürge durch die dafür geleistete Bürgschaft mit dem Schuldner und Gläubiger in einer Verknüpfung. Die Rechte also, die der Schuldner,

XI. enunc. XXXIV. XXXV. und *XXXVI.* WERNHER in *sel. obs. for. par. 9. obs. 217.* ENGAV *par. 1. decis. 23. num. 4.*

n) *l. 7. et 19. D. de except.*

o) *l. 60. D. de fideiuss. et mandat.* Siehe auch meinen Tractat *de fideiussore plane non obligato* §. 165 bis 201.

ner, ausser dieser Verbindlichkeit, auf den Gläubiger erhält, gehen den Bürgen nichts an. Und dahin gehört unstrittig auch das Recht, so der Schuldner, der von seinem Gläubiger erlittenen Entsetzung wegen, wider denselben erlanget hat. Kraft dessen er nicht nur mittelst einer Klage, sondern auch mittelst einer Einrede den Gläubiger zur Restitution nöthigen kann.

§. 6.

Sollte es seyn, daß die dem Schuldner spoliirten Sachen aus Beweißmitteln bestünden, wodurch er, daß der Gläubiger entweder ganz oder doch zum Theil bereits befriediget worden, darzuthun vermöchte; so kann der Bürge zwar auch ohne Willen des Schuldners der Einrede, derentwegen die Schuld für aufgehoben zu achten, zum Exempel, der Compensation, Solution u. s. f. sich bedienen, und deshalb von dem Gläubiger die Edition der spoliirten Urkunden verlangen; allein alles dieses muß erst nach der Kriegesbefestigung, womit er die Einreden verknüpfet, geschehen, ohne daß er die Antwort auf die Klage durch Entgegensetzung der exceptionis spolii verzögern darf.

Rechtsfall.

R**, ein Rechnungsführer, hat bey Hr. K** von C** verschiedenes in Verwaltung bekommen. Bey der Revision seiner Verwaltungsrechnungen finden sich mancherley Posten, welche mangeln, und die er wohl zu ersetzen nicht im Stande seyn dürfte. Ehe dahero die Rechnungen noch völlig abgehöret werden, schlägt sich des Rechnungsführers Schwiegervater J. C. B** ins Mittel, und wird vor demselben dergestalt Bürge, daß im Fall einige Unrichtigkeiten bey dem geführten Rechnungswesen seines Schwiegersohns, nach dessen geendigter Untersuchung, sich hervorthun und ein Abgang finden sollte, er denselben von dem Seinigen, bey Verpfändung seines Haabes und Gutes, so viel hierzu von nöthen seyn würde, zu ersetzen, dem Hr. K** von C** sich verbindlich macht. Hierauf geschiehet es, daß der Hr. K** von C**, noch vor geendigter Revision der Rechnungen des R**, diesem durch Jemanden einige Briefschaften und Urkunden, wie auch eine Rechnungsschrift, worinne ihm, dem Rechnungsführer ein starker Posten zu gute geschrieben seyn soll, und womit er also den sich gefundenen Abgang zu vermindern vermöchte, wegnehmen läst. Darauf kommt es vor einer niedergesetzten Commißion

 zwischen

zwischen beyden Theilen, nämlich dem Rechnungsführer und dessen gewesenen Principal zu einer völligen und endlichen Auseinandersetzung. Wobey der Rechnungsführer noch einen sehr ansehnlichen Schuldrest, den er seinem Principal zu bezahlen hat, anerkennet und durch seine Nahmens Unterschrift bekräftiget, ohne daß er dabey etwas von dem ihm weggenommenen Schriften gedenket. Erst nach der Zeit, als er nun bezahlen soll, macht er dieses rege und verlangt die Restitution der ihm weggenommenen Schriften. Weil aber seine Umstände immer schlechter werden, läst er die Sache ruhen, begiebt sich auf die Flucht, ohne daß man von dessen Aufenthalt eine Nachricht erlangen kann. Dieses beweget nunmehro den Hr. K** von C** wider dessen Bürgen auf den von dem entwichenem Schuldner bey seinem Rechnungswesen eingestandenen Schuldenrest zu klagen, und von selbigem die Bezahlung zu verlangen. Dieser läst sich aber auf die erhobene Klage nicht ein, sondern schützt die exceptionem spolii vor, weil Kläger dem Schuldner die obgedachten Schriften durch den Weg der Thathandlung wegnehmen lassen. Diese müsse Kläger erst zuförderst wieder herausgeben, bevor er sich auf seine Klage einzulassen nöthig hätte.

Allein es wurde ihm von dem Schöppenstuhle im September 1769 diese Einrede, wie folget, abgesprochen.

Urthel

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einreden und fernere Schriften der Anwälde, des K. K. C. a. C. G. R. u. O. F. K** v C** Klägers an einem, des von H. G. Schw. a. R. d. A. J. C. B** Beklagtens am andern Theil s. u. i. d. d. e. A. z. u. d. u. r. M. v. w. s. w. v. R.

Daß Beklagter, seines Einwendens ungehindert, auf die erhobene Klage sich einzulassen und zu antworten, auch, weil er solches vor jetzo nicht gethan, Klägern die hierdurch verursachten Unkosten, nach vorgängiger deren Liquidation und richterlicher Ermäßigung, zu bezahlen schuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl die exceptio spolii aus dem Grunde, weil der Spoliirte vor allen Dingen zu restituiren, als eine solche Einrede, welche von der Einlas-

Einlassung auf die Klage so lange, bis die Restitution des spolii geschehen, befreyet, gemeinen Rechten nach, anzusehen ist p); Beklagter aber dieselbe mit Anführung folgender Umstände vorschützet, daß Klägers Principal seinem Verwalter R**, dessen angeblicher Schuld wegen Beklagter dermalen als Bürge belanget wird, im August des 1763sten Jahres nicht nur alle zu dessen Neuwegerer Administration gehörige Correspondenz und Urkunden, sondern auch sein eigenes in Händen gehabtes vormals schon abgehört und justificirtes Maynzer Rechnungsexemplar vom Jahr 1758, worinne ihm, dem R**, ein starker Activreceß zu gute geschrieben worden, durch den Weltgeistlichen H** in dem Schloße Neuweger via facti wegräumen lassen, und an sich genommen hätte; folgbar, daß gedachte Correspondenz Urkunden, wie auch das Maynzer Rechnungs Exemplar vom Jahr 1758 erst von Klägern, bevor Beklagter auf die erhobene Klage sich einzulassen nöthig hätte, zu restituiren wären, und also anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. die exceptio spolii nur demjenigen, dem die Sache aus seinem Besitze, auf unrechtmäsige Art, genommen, oder, Statt dieses, seinen Erben, oder welche sonst in sein Recht treten q), alsdenn, wenn der Spoliirte derselben weder ausdrücklich noch stillschweigend sich begeben hat r), zu statten kommt; Beklagtem aber die zu des R** Neuwegerer Administration gehörige Correspondenz und Urkunden, wie auch das Maynzer Rechnungsexemplar vom Jahr 1758 nicht aus seinem, sondern, seinem eigenen Anführen nach, aus des R** Besitz genommen worden sind; auch Beklagter darauf, daß R** gestorben und er sein Erbe geworden, sich nicht bezogen, so wohl, daß er sonst in des R** Recht trete, mit Beyfall der Gesetze nicht zu behaupten vermocht, masen dasjenige, was er vor sich als Bürgen des R**, anführen wollen, daß nämlich einem Bürgen auch die Einreden des Hauptschuldners zu Statten kämen, nur von solchen Einreden, die dergestalt mit der Sache verbunden, daß derentwegen der Schuldner seinem Gläubiger nicht mehr für verbindlich geachtet werden mag, und die also den Bürgen zugleich von

 Bezah-

p) GAIL *lib.* 2. *obs.* 75. Seyfart in Reichsproceß, *cap.* 6. §. 7. ZANGER *de except. cap.* 18. *par.* 2. *num.* 1. *seq.*

q) arg. *l.* 1. §. 23. *et* 44. *D. de vi et vi arm.* ZANGER *de except. cap.* 18. *par.* 2. *num.* 6.

r) *cap.* 3. *X. de renunciat.*

Bezahlung der Schuld ganz oder zum Theil befreyen mögen; zu verstehen ist s); eine solche Beschaffenheit aber der exceptioni spolii als einer blos verzögerlichen Einrede nicht beygeleget werden kann; überdem auch R** nach dem angeblichen spolio, besage des Protocolls sub A d. 21sten May 1764 ad num. act. 1. einen Paßivreceß von 2138 fl. 57 Kr. ohne von dem spolio etwas zu gedenken, anerkannt und mittelst seiner Nahmens Unterschrift bekräftiget hat; daß dahero, ob dem Hauptschuldner R** selbst, wenn er verklaget würde, die exceptio spolii dermalen annoch zustünde, keinem geringen Zweifel unterworfen ist; mithin Beklagten die exceptio spolii so wenig, als dessen übriges unerwiesenes Vorgeben, wie nämlich die Commißion, so des R** Rechnungswesen untersucht, nicht gesetzmäßig angeordnet gewesen wäre, selbige auch widerrechtlich verfahren und den R**, vieles wider die Wahrheit einzugestehen, mit den härtesten Bedrohungen und Beängstigungen genöthiget hätte, nicht von der Einlassung befreyen mag, sondern allen Falls nur zu den zerstörlichen der Litiscontestation anzuhängenden Einreden gehöret; allwo auch in der Folge dem Beklagten, die Edition der angeblich spoliirten obgedachten Correspondenz, Urkunden und Maynzer Rechnungsexemplar von Klägern zu fordern, frey stehet; solchemnach Beklagter zu der geforderten Einlassung verbunden ist; und, da er solche dermalen unterlassen, mithin Klägern vergebliche Unkosten verursachet hat, er zu deren Erstattung schuldig zu erkennen gewesen: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LXXXXVI.

Von dem Lebensunterhalt und Proceßkosten, welche ein Theil von dem andern während des Processes fordert.

§. 1.

Ob zwar der Lebensunterhalt in den Rechten viele Gunst hat, und dieserhalb selbigem ein Vorzug vor andern Sachen zustehet t); so muß doch, bey erwachsenen Personen, ein jeder solchen selbst aus seinen eigenen Mitteln bestreiten, oder sich selbigen ausserdem durch seine Mühe und Arbeit auf eine ehrliche Art zu verschaffen suchen, ohne daß er selbigen von

s) *l. 7. D. de except. et l. 60. D. de fideiuss. et mand.*

t) SAM. REYHER diss. *de singularibus alimentorum iuribus* Kiliae 1702.

von andern, die nicht durch einen Vertrag, Verbrechen, oder eine unmittelbare gesetzliche Verordnung dazu verbindlich sind, als eine Schuldigkeit fordern kann. Dieses erhält besonders bey Processen seine Anwendung. Bey selbigen geschiehet es zuweilen, daß ein Theil von dem andern, während des Processes, nicht nur den Vorschuß der Proceßkosten, sondern auch seinen Lebensunterhalt verlanget u).

§. 2.

Die Fälle, da jemand von seinem Gegentheil den Vorschuß der Proceßkosten zu fordern berechtiget ist x), sind überhaupt unter folgendem Satze begriffen, wenn er dergestalt arm ist, daß er seine Nahrung anderswoher zu bekommen nicht im Stande, und seine Sache dergestalt beschaffen ist, daß man sehr wahrscheinlich zum voraus siehet, daß selbige für ihm einen glücklichen Ausgang nehmen möchte. Dahero, wenn eins von diesen beyden Stücken fehlet, bleibt es bey der Regul, daß bey einem Proceße Niemand, während desselben, seinem Gegentheil den Unterhalt oder die Proceßkosten, vielweniger beydes zugleich zu reichen verbunden ist y). Denn ein jeder Mensch hat schon von Natur gegen sich selbst sowohl die nothwendige Verbindlichkeit, als das Recht, allen Schaden von sich abzuwenden, und dieserhalb auch seinen Feinden keine Mittel in die Hände zu geben, wodurch er selbigen ihre Absicht, ihn zu bestreiten, erleichtert. Dieses zu thun, würde man ihm aber aufbürden, wenn man ihn, seinem Gegentheil während des Processes den Lebensunterhalt und die Proceßkosten zu geben, nöthigen wollte. Dergleichen Ansinnen ist aber auch selbst den bürgerlichen Rechten in andern Fällen zu wider z).

Rechts-

u) PET. REBVFFVS *de alimentis durante lite praestandis.* Extat cum tract. *de sententiis praeiudicialibus.* Colon. 1595. 8. IO. IEREM. LINCKER *de alimentis et expensis litis aduersario litem intendenti praestandis.* Giess. 1694. HENR. HILDEBRAND diss. *de praenumeratione expensarum parti aduersae lite pendente facienda.* Alt. 1707. IAC. FRID. LVDOVICI diss. *de expensis litis actori a reo subministrandis.* Hal. 1712.

x) *l.* 27. §. 3. *D. de inoffic. testam. fin. C. de ordin. cognit.* ALCIATVS *de praesumtionibus*, *reg. III. praes. IX. num.* 9. MYNSINGER *in singular. obseruat. cent.* VI. *obs. XXI.* MEVIVS in *decis. part.* 4. *decis.* 194. *et par.* 5. *decis.* 375. FABER in *Cod. lib.* 5. *tit.* 16. *def.* 10. LEYSER in *medit. ad pand. spec.* 84. *med.* 8. *seqq.*

y) *l.* 17. *D. de tutel. et rat. distrah.* MEVIVS *par.* 4. *decis.* 194. *num.* I. LEYSER *spec.* 84. *med.* 3.

z) *l.* 4. *C. de edendo. l.* 7. *C. de testibus.*

Rechtsfall.

Ein Schutzjude L** M** G** aus B** nimmt den Christen W** zu E** wegen Unterhändlerslohn in Anspruch. Er erzählet in seiner deshalb wider denselben angestellten Klage, daß Beklagter sein Posthauß an den dermaligen Poststallmeister M** für 17000 Rthl. verkauft, und beyde Theile über diesen Handel drey Jahr lang in Tractaten gestanden hätten. Hierbey hätte Beklagter ihn, Klägern, zum Unterhändler gebraucht, und ihm für seine dabey gehabte viele Mühe eine austrägliche Belohnung versprochen. Er, Kläger, wollte nun aber mit dem Landesgewöhnlichen Unterhändler Lohn zu 2 von 100 sich begnügen lassen. Welche von gedachter Kaufsumme 340 Rfl. ausmachten. Beklagter hätte ihm nun zwar bereits 100 fl. gegeben, allein das wäre lediglich zu Bestreitung seines baaren Kostenaufwandes geschehen. Da er nun aber das Unterhändlerlohn selbst, nämlich die gedachte 340 Rfl. von ihm noch nicht erhalten und in Güte bekommen könnte; so bittet er in den Rechten zu erkennen und auszusprechen: daß Beklagter ihm das schuldige Unterhändlerlohn zu 2 Procent und in Summa 340 Rfl. samt allen und jeden so gerichtlich als aussergerichtlich verursachten Kosten zu bezahlen verbunden.

Es wird die Klage dem Beklagten mit dem Anhange, klagenden Juden binnen 14 Tagen klaglos zu stellen oder die Verweigerungsursachen anzuzeigen, mitgetheilet.

Beklagter gestehet nun zwar den Verkauf des Posthaußes, und daß er deshalb mit seinem Abekäufer 3 Jahre lang in Tractaten gestanden, Kläger auch dabey der Unterhändler gewesen sey, allein der Kaufschilling hätte, ausser dem Leykauf, welcher in 100 Carl d'or bestanden, nur 16000 Rfl. ausgemacht. Er leugnet, daß er Klägern dabey zum Unterhändler gebraucht und deshalb eine austrägliche Belohnung versprochen. Es hätte Klägern nur sein Abekäufer an ihn gesendet, um dieses Verkaufs wegen mit ihm zu tractiren. Wobey denn aber das Geschäfte, während den 3 Jahren, wohl zu 6 und mehr Monathen geruhet, da Kläger deswegen zwischen ihnen keine Unterhandlung gepflogen hätte. Er, Beklagter, hätte Kägern auch mehrmalen zu erkennen gegeben, daß er, Beklagter, sich deshalb nicht das geringste wolle kosten lassen. Worauf Kläger den auch geäussert, daß er lediglich bey Abekäufern seinen Lohn suchen würde. Den er auch zu 400 Rfl. von selbigem schon erhalten, und sey es unwahr, daß der Unterhändler Lohn landüblich aus 2 Procent bestünde. Wie

es

es denn auch unrichtig wäre, daß er Klägern die 100 fl. zu Bestreitung eines baaren Kostenaufwandes bey diesem Kaufhandel gegeben hätte. Es bestünden selbige vielmehr aus einem Anlehn, welches er Klägern nach und nach vorgeschossen. Die er deshalb nunmehro sammt den Interessen von Klägern zurück verlangte.

Kläger versetzt hierauf, daß, weil Beklagter eingestünde, daß er, Kläger, bey dem Haußkauf der Unterhändler gewesen, es wegen des Umstandes, daß ihm Beklagter eine austrägliche Belohnung versprochen, keines Beweißes bedürfe, sondern Beklagter gleich zu dessen Bezahlung für schuldig zu erkennen sey, weil dergleichen Unterhändler ihre Dienste bekannter masen nicht umsonst verrichteten, und dahero die Contrahenten deren Geschäfte hierbey geführet worden, auch schon so, ohne ein ausdrückliches Versprechen, ausserordentlich actione in factum zu Bezahlung des Unterhändlerlohnes hafteten.

Kläger ist hierauf nun auch so glücklich, daß er am 22sten Jenner 1766 den Bescheid erhält, daß ihm Beklagter 1½ Procent Unterhändler Lohn, nach dem Kaufschilling gerechnet, binnen 4 Wochen geben, jedoch die 100 Fl. welche Kläger von ihm bereits erhalten, davon abzuziehen befugt seyn soll.

Beklagter ergreift aber darwider die Appellation, und es wird in der höhern Instanz der Bescheid am 7den Junius 1766 dahin reformiret: daß Kläger den Grund seiner Klage binnen 4 Wochen, rechtlicher Ordnung nach, zu erweisen schuldig. Worauf sodann in der Sache, vorbehältlich des Beklagtens Gegenbeweiß, Eydesdelation und anderer rechtlicher Nothdurft, ferner ergehet was Rechtens ist.

Kläger tritt hierauf seinen Beweiß an, und bedienet sich dabey eines Documents, zweyer Zeugen, und der Eydesdelation.

Beklagter recognosciret das Document mit Vorbehalt seiner Einreden, übergiebet Fragstücke, und läst sich auf die ihm zur Eydeshand gelegten Beweißartikul ein. Leugnet die vornehmsten darunter und erbiethet sich den ihm darüber zugeschobenen Eyd abzuschwören.

Beklagter übergiebt nun auch seinen Gegenbeweiß, und schiebt die mehresten Artikul dem Kläger ins Gewissen. Dem aber, weil er, nach geschehener Einlassung, den ihm zugeschobenen Eyd bey verschiedenen Arti-

fuln nicht recht acceptiret, solches besser als geschehen, oder den Eyd zu referiren, auferleget wird.

Kläger, dem hierauf die Sache zu weitaussehend zu werden scheinet, sucht um das Armenrecht nach. Welches er auch, nach vorher abgelegten Armeneyde, erlanget. Und, als dieses geschehen, wird beyden Theilen, bevor noch die Eydesleistungen über Beweiß und Gegenbeweiß berichtiget worden, mit ihrer Bewilligung der Zeugenrotul über die Be. Beweißartikel eröfnet.

Nach dessen Erfolg kommt Kläger bey dem Landesherrn mit einem Bittschreiben ein. Worinne er nachsuchet, Beklagten anzuhalten

1) daß er ihm wenigstens 2 fl. zu sein und seines Weibes auch seiner 6 unmündigen Kinder unentbehrlichen Lebens Unterhalt, so lange, als der Proceß noch dauren möchte, entrichte. Desgleichen

2) daß er ihm die nothdürftigsten Kosten, welche, ungeachtet er das Armenrecht hätte, doch nicht ganz zu vermeiden wären, vorschiesse, und zu dem Ende einstweilen 50 Rthl, auch, bevor selbige noch aufgegangen seyn würden, wieder aufs neue so viel zum hochfürstlichen Justiz Collegio niederlege, damit er so wohl den wöchentlichen Unterhalt, als auch die unvermeidlichen Kosten von daher, ohne dem mindesten Auffenthalt, ablangen könne.

Beklagter will sich aber zu keinem von beyden verstehen. Es wird darüber die Hauptsache einstweilen ausgesetzt und über diesen Punct ein schriftliches Verfahren angestellet. Nachdem selbiges geendiget, so werden die Acten zum rechtlichen Erkänntniß hieher geschicket. Welches nun auch im März 1769 nach E** folgender Masen ertheilet wird.

Urthel.

Auf Vorbringen, darwider vorgeschützte Einreden und fernere Schriften des Schutzjudens Liebemanns Moyses Gioderns, zu Bruck, Klägers an einem, des Poststallmeisters Rupprecht Welß, zu Erlangen, Beklagtens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. A. z. u. d. u. r. M. d. w. s. w. v. R.

Daß Klägers auf den ihm, während des Processes, von Beklagtem zu reichenden Lebensunterhalt sowohl, als die ihm von selbigem

selbigem vorzuschiessenden nothdürftigen Proceßkosten gerichtetes Suchen nicht Statt hat. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Kläger, zu Begründung seines Suchens, zuförderst überhaupt anführet, daß ein Beklagter dem Kläger alsdenn, wenn dieser nicht nur in Armuth sich befinde, sondern auch über dasienige, so entweder ganz, oder zum Theil seine wäre, mit Beklagtem stritte, und dabey die Vermuthung einer guten Sache für sich hätte, so wohl die Alimente, als Proceßkosten, vermöge der in den bürgerlichen Rechten bekräftigten natürlichen Billigkeit, während des Processes, darzureichen verbunden sey a); sodann Kläger insbesondere hinzufüget, daß eben gedachte Umstände bey ihm anzutreffen wären, masen er nun schon seit 1764, als so lange der Proceß bereits gedauret, mit seinem Weibe und Kindern, deren er sechse zu ernähren und zu versorgen hätte, in die allererbarmungswürdigsten Umstände gesetzet worden wäre, daß er, wie Beklagter selbst nicht in Abrede stellen könnte, seinen nothdürftigen Lebensunterhalt von einem Tage zum andern, wegen seiner schlechten Vermögensumstände, erwerben müste, und dieserhalb, nach abgeschwornen Armeneide, das Armenrecht juxt. num. act. 35. et 45 erlangt hätte; auch die 340 fl., welche er von Beklagtem forderte, sein wohlverdienter Lohn wären, gestalten er, wie Beklagter num. act. 3 selbst gestünde, mit dem Kaufgeschäfte ganzer 3 Jahre zugebracht, womit, nach Aussage des test. 1 und 2 ad art. prob. 14 num. act. 57. viele Schwierigkeiten, oftmalige Zusammenkünfte, Rapportsertheilungen und stetes Aufpassen auf weitere Ordre und Nachricht verknüpft gewesen, daß er in dieser Sache sich recht viele Mühe gegeben und recht viele Zeit damit versplittert, indem er, juxt. depos. test. 1 et 2 ad art. prob. 4 et 7. bey dem Erkauf der Post, vom Anfange bis zu Ende, der einzige Unterhändler oder Schmuser gewesen, der in der Sache rieber und nieber mündliche Ausrichtung gemacht, und den Kauf juxt. depos. test. 1 ad art. 20 als Unterhändler für 17200 fl. mit Einschluß des Leykaufs, zu Stande gebracht habe; woraus, und daß, juxt. protoc., Beklagter bereits in einem am 22sten Jenner 1766 gegebenen Bescheide, ihm, Klägern, 1½ Procent Unterhändlerlohn, nach dem Kaufschilling gerechnet, zu geben, schuldig erkannt worden, seine Forderung sich

 sehr

a) *l. 27. §. 3. D. de inoffic. testam.* MEVIUS *part. 4. decis. 194. num. 4.*

sehr wahrscheinlich veroffenbare; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. der Regul nach, von den streitenden Partheyen kein Theil den andern, während des Processes, zu unterhalten, oder die Proceßkosten demselben zu reichen schuldig ist b); masen Niemanden, daß er seinen Gegner, um wider ihn desto besser streiten zu können, irgend wodurch unterstütze, angesonnen werden mag; sodann dieses, daß Kläger arm ist, und mittelst des geleisteten Armeneides zum Armenrecht gelassen worden, ihm nicht zugleich ein Recht giebet, ausser den zu seiner Sache gehörigen nothdürftigen Expeditionskosten und Advocatengebühren, wovon er, durch den abgelegten Armeneid, bereits befreyet worden, noch ein mehreres an Proceßkosten und so gar seinen Unterhalt, während des Processes, von Beklagtem zu fordern; sowohl der Grund der Klage, daß nämlich Beklagter ihn, Klägern, bey dem Verkauf seines Posthaußes, an den dermaligen Poststallmeister Maußner, zum Unterhändler gebraucht und ihm dafür eine austrägliche Belohnung versprochen habe, annoch ganz ungewiß ist, und zur Zeit nicht einmal für wahrscheinlich gehalten werden mag, anerwogen Beklagter nicht nur ebengedachte beyde Hauptumstände geleugnet sondern auch dieses, daß der Abekäufer Maußner Klägern an ihn, um dieses Verkaufs willen mit ihm zu tractiren, gesendet, er, Beklagter, auch mehrmalen Klägern, wie er sich deshalb nicht das geringste wollte kosten lassen, zu erkennen gegeben, und Kläger dabey, daß er lediglich an Abekäufern seinen Lohn suchen würde, geäussert, Kläger auch von Abekäufern bereits 400 fl. bekommen, er, Beklagter, hingegen Klägern die in der Klage gedachten 100 fl. nur Anlehnsweise nach und nach geliehen hätte, vorgeschützt, und hiernächst Beklagter auf die Beweißartikel worüber ihm Kläger den Eid zugeschoben, num. act. 31 sich eingelassen, und unter andern den 22sten und 23sten Beweißartikul, wodurch Kläger hauptsächlich den Grund seiner Klage darthun wollen, geleugnet, und den ihm darüber zugeschobenen Eid angenommen, auch zu dessen Leistung sich anerbothen hat; ferner die in den Zweifelsgründen angeführten Zeugenaussagen obgedachten Grund der Klage nicht erhärten, und überdem der erste Zeuge, den Zeugeneid abzulegen, sich geweigert hat, und auch würklich nicht vereidet worden ist; folgbar unter solchen Umständen dieses,

b) *l. 17. D. de tut. et rat. distrah.* SER, *spec. 84. med. 3.* MEVIUS *part. 4. decis. 194. num. 1.* LEY-

ses, daß Beklagter etwas, so schon das Seinige des Klägers wäre, besitze, eigentlich nicht gesaget werden mag, gestalten Kläger durch den Proceß über das Unterhändler Lohn erst etwas, so seine werden soll, zu erlangen suchet; zu geschweigen, daß, den Rechten nach, eher auf die Befreyung, als Verdammung des Beklagtens, welcher zumal, wie dermalen, ein Christ ist, gesprochen werden muß c); solchemnach die Gründe, derentwegen Kläger von dem Beklagtem, während dieses Processes, die Unterhaltungsmittel, und, ausser der durch das überkommene Armenrecht erlangten Befreyung von den Gerichtskosten, noch einen baaren Vorschuß zu andern nothdürftigen Kosten verlangt, bey ihm, Klägern, nicht eintreten: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LXXXXVII.

Von dem Separationsrechte, besonders daß die Gläubiger eines Verstorbenen mit den Gläubigern seines verschuldeten Erbens weder in Ansehung des Capitals, noch ihrer zu fordern habenden Zinsen, in eine Gemeinschaft zu treten, und mit selbigen von des Erbens Vermögen, so weit selbiges zulangen will, sich mit befriedigen zu lassen verbunden sind, ob sie gleich bishero von dem Erben die Verzinsung ihrer Capitalien angenommen haben sollten.

§. 1.

Es geschiehet nicht selten, daß Jemand mit Hinterlassung mancherley Schulden verstirbet, und einen Erben hat, der auch entweder schon zur Zeit der Antretung der Erbschaft in Schulden steckt, oder doch nachhero in selbige geräth. Es sind alsdenn gedoppelte Gläubiger vorhanden, Gläubiger nämlich des Verstorbenen, und Gläubiger seines Erbens. Die Gläubiger des Verstorbenen, welche in den Rechten Erbschaftsgläubiger (creditores hereditarii) genennet werden d), haben nun zwar ein Recht von dem Erben die Bezahlung zu verlangen, masen derselbe durch die Antretung der Erbschaft ihnen dergestalt verbindlich wird, daß, woferne er nicht mit der Inventarienrechtswohlthat die Erbschaft übernommen

c) *l. 125. de reg. iur.*

d) *l. 2. C. de bon. autor. iud. possid.*

nommen e), auch aus seinen eigenen Mitteln die Schulden des Verstorbenen bezahlen muß f); allein es stehet ihnen auch frey, eine Absonderung der Güter des Verstorbenen von den Gütern des Erbens zu fordern, wenn sie wahrnehmen sollten, daß das Vermögen des Erbens kaum zu Befriedigung seiner eigenen Gläubiger zureichen dürfte g).

§. 2.

Die Gründe, derentwegen die Gläubiger des Verstorbenen die Absonderung der Güter desselben von den Gütern des Erbens verlangen können, sind, weil ein jeder Schuldner von seinem Vermögen seine Gläubiger zu befriedigen verbunden ist, und dieserhalb auch seine Gläubiger, aus seinem Vermögen, ob er ihnen selbiges gleich nicht verpfändet haben sollte, ihre Bezahlung mit Recht verlangen können. Denn das Pfandrecht giebt nur seinen Gläubigern vor andern seiner Gläubiger, die dergleichen nicht erlangt haben, einen Vorzug, wenn sein Vermögen zu aller ihrer Befriedigung nicht zureicht. In Ansehung der Gläubiger des Erbens aber, haben die blosen Handschriftsgläubiger des Verstorbenen eben so viel Recht, als dieses seine Pfandgläubiger, auf die Absonderung der Güter zu bestehen. Hierzu kommt ferner, daß der Erbe durch die Uebernahme der Erbschaft den Gläubigern des Verstorbenen ihr Recht weder ändern h), noch vielweniger entziehen und die Erbschaft des Verstorbenen dergestalt, daß auch seine Gläubiger daran, gleich den Erbschaftsgläubigern, ein Recht haben sollten, zuwenden mag. Denn ein Erbe kann von eines Verstorbenen Nachlaß nur dasjenige, was nach Abzug der Schulden davon übrig bleibet, als das Seinige ansehen und mit eigenen Schulden beschweren i). Wie denn dahero auch die Gesetze ausdrücklich verordnen, daß die Gläubiger eines Erbens in Ansehung des Verstorbenen Nachlasses, nur auf dasjenige, was, nach Befriedigung der Erbschaftsgläubiger, davon übrig bleibet, ein Recht haben sollten k). Zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger gehört auch der Abtrag der Zinsen welche sie wegen ihrer Capitalien zu fordern haben. Dahero steht den Erbschaftsgläubigern, zumal da, gemeinen Rechten nach, die Zinsen mit dem

e) §. 6. I. *de hered. qual. et diff. l. vlt.* §. 2. 3. 4. *C. de iur. delib.*

f) *l.* 10. *C. de iure deliberandi l.* 8. *D. de adquir. vel omitt. hered.*

g) *l.* 1. §. 1. *D. de separat.*

h) *l.* 2. §. 2. *D. de verbor. oblig.*

i) Bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt. *l.* 39. §. 1. *D. de verbor. signif.*

k) *l.* 1. §. 17. *D. de separat.*

dem Capital ein gleiches Recht haben l), auch ihrer zu fordern habenden Zinsen wegen, vor den Gläubigern des Erbens ein Vorzug zu m).

§. 3.

Aus dem, was zuvor (§. 2) ausgeführet worden, ergiebet sich nun von selbst, daß, weil die Gläubiger des Verstorbenen auf dieses sein Vermögen vor den Gläubigern des Erbens einen Vorzug haben, sie auch mit diesen Gläubigern in eine Gemeinschaft zu treten nicht schuldig sind. Dazu würden sie nur verbindlich seyn, wenn sie so etwas zugelassen, deswegen sie nicht mehr als Gläubiger des Verstorbenen, sondern als Gläubiger des Erbens anzusehen wären. Hieher gehöret, Theils, wenn der Erbschaftsgläubiger, binnen 5 Jahren von Zeit der von dem Erben geschehenen Antretung der Erbschaft des Verstorbenen, die Schuld von dem Erben nicht eingemahnet, und bey dessen befundenen Unvermögenszustande die Separation nicht gesuchet n), Theils auch, wenn er, Statt des verstorbenen Schuldners, dessen Erben als seinen neuen Schuldner angenommen hat o). Wofür nun aber die blose Annahme der Zinsen von dem Erben wegen des Capitals nicht zu halten, weil der Erbschaftsgläubiger von Niemand anders als von dem Erben die Zinsen fordern und annehmen können, und dieserhalb die Gesetze ausdrücklich vorschreiben, daß die Eintreibung der Zinsen nur alsdenn den Verlust des Separationsrechtes würke, wenn selbige aus der Absicht, künftig nur den Erben für den Schuldner zu halten, geschehen ist p).

Rechtsfall.

Es hat der Herr von B** von der Frau von B** 1000 Rfl. und von den Gebrüdern B** 1150 Rfl. in neuen Zweydritteln geborget, und ihnen deshalb sein Gut Bl** zur Hypothec verschrieben. Er, der Schuldner, stirbt und es erben gedachte beyde Schulden mit dem Gute auf seinen Sohn, den Cammerjunker von B**. Dieser macht selbst viele Schulden, daß seine Gläubiger bey dem Landesherren nachsuchen, seinem

l) *l. 18. qui pot. in pign.* MEVIUS *par. 7. decis. 245. num. 6.*

m) RICHTER *de iure et priuilegiis creditorum cap. 1. num. 35.*

n) *l. 1. §. 13. D. de separat.* MEVIUS *par. 6. decis. 339.* RICHTER *de iure et priuil. credit. cap. 1. num. 174. seqq.*

o) *l. 1. §. 10. D. de separat.*

p) *d. l. 1. §. 10. in fin. D. de separat.*

seinem Pachter des Gutes Bl** anzubefehlen, daß selbiger den Pachtzinß nicht seinem Verpachter, sondern einem Dritten, dem Hr. O** zu ihrer Sicherheit einlieferte, damit sie hiervon nach und nach die Zinsen ihrer Capitalien bezahlt erhielten. Es geschiehet, daß der Befehl an den Pachter des Kammerjunkers von B** erlassen wird, und selbiger die Zinsen an den angewiesenen Ort einliefert. Darauf melden sich aber obgedachte väterliche Gläubiger des Cammerjunkers von B** und verlangen von diesen eingelieferten und ferner einkommenden Pachtgeldern, vermöge des ihnen zustehenden Separationsrechtes, die Bezahlung der Zinsen von ihren beyden Capitalien. Dem widersprechen die Gläubiger des Cammerjunkers von B** als des Erbens seines Vaters. Sie stehen in den Gedanken, daß sämmtliche Gläubiger in einer Gemeinschaft sich befänden, da dermalen einer so viel Recht als der andere hätte, und also auch ein jeder seinen Antheil, nach der Gröse seines Capitals, von besagten Pachtgeldern auf Abrechnung der Zinsen fordern könnte, zumal da Imploranten die Originalverschreibung ihrer Forderungen, woraus der Umstand, daß sie väterliche Gläubiger des gemeinen Schuldners wären, erhellete, noch nicht beygebracht hätten.

Die Acten werden, nach dem von beyden Theilen hierüber geendigten Verfahren, hieher geschickt, und der Schöppenstuhl sprach darinne nach R** im Julius 1769 folgendes

Urthel

Auf geschehene Imploration, darwider vorgeschützte Einreden und fernere Schriften der Anwälde der verwittweten J. F. v. B**, gebohrnen von N**, und C. L. B**, Implorantens an einem, der Gläubiger des Cammerjunkers von B** auf B**, Imploraten am andern Theil, erkennen Wir F** v. G. G. H. z. M, auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, vor Recht:

Daß Implorantens Suchen noch zur Zeit nicht Statt hat. Würde aber derselbe, mittelst Production der Originalverschreibung von seiner Constituenten Forderungen zu *resp.* 1000 Mk. und 1150 Mk. Capital, den Umstand, daß seine Constituententen würkliche Gläubiger von des Cammerjunkers von B** verstorbenen Vater sind, binnen Ordnungsfrist gehörig darthun: so sind dessen Constituenten, wegen Capital sowohl als Zinsen, vorzüglich vor imploratischen Gläubigern zu befriedigen. V. R. W.

Zweifels-

Zweifels= und Entscheidungs=Gründe.

Obwohl Implorat vermeinet, daß Implorantens Constituenten, der Zinsenerhebung wegen, keinen Vorzug vor den Gläubigern des Cammerjunkers von B** verlangen könnten, weil 1) sämmtliche Gläubiger bey dem dermalen noch nicht eröfneten Concurs in einer Communion sich befindeten, indem der Cammerjunker von B** ihr gemeinschaftlicher Schuldner und das Gut B**, welches allen zur Hypothec gesetzet worden, das gemeine Obiect wäre, woraus die Bezahlung geschehen müste; auch, da bishero noch keinem Gläubiger ein Theil von dem Gute B**, um hieraus die Revenüen, Statt der Zinsen, zu erheben, angewiesen und durch eine Sentenz noch keine Priorität bestimmt worden wäre, die Gläubiger ohne Unterschied gleiche Rechte hätten; zumal 2) Imploranten das Separationsrecht, weil dasselbe nach den gemeinen Rechten und der dasigen Herzogl. Constitution vom Jahr 1646 nur alsdenn, wenn der Concurs würklich schon eröfnet worden und über die Priorität gestritten würde, Platz griffe, nicht zu Statten käme, gestalten das Schuldwesen des Cammerjunkers von B** zu einem formellen Concurs noch nicht gediehen wäre; sowohl 3), besage der Urthel sub ☉ und ☾ ad num. act. 4, ein Gläubiger, er möchte so privilegirt seyn als er wollte, so gar während des Concurses, wegen Bezahlung der Zinsen, keines Vorzuges sich zu erfreuen hätte; dahero auch Imploranten selbiger um so weniger zustünde, als 4) dieselben die Zinsen von dem Cammerjunker von B** schon einmal angenommen und dadurch seinen Glauben erwählet, folglich auch dessen Gläubiger, gleich den Imploraten, geworden wären; sie, Imploranten auch 5) durch eine Antheilsmäßige Vertheilung der vorräthigen Gelder nichts einbüßten, sondern am Ende bey künftiger Claßification, daferne sie ein würkliches Separationsrecht hätten, ihr Capital und Zinsen zuerst vor allen andern Gläubigern, welchen nicht gleiche Rechte zustünden, erhalten müßten; mithin daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. nach Maasgabe der Rechte, die Gläubiger eines Verstorbenen in dem Falle, da sie dessen Erbe, wegen seiner eigenen Gläubiger, vollkommen zu befriedigen nicht im Stande ist, zu verlangen wohl befugt sind, daß ihnen aus den Gütern ihres verstorbenen Schuldners

zu ihrer Bezahlung verholfen werde q), und sie dahero auch Gläubiger des Erben zu werden, und mit diesen in eine Gemeinschaft zu treten, nicht angehalten werden mögen; vielweniger, daß die Gläubiger des Verstorbenen und die Gläubiger seines Erbens mit einander in einer Gemeinschaft gleichen Rechtes stünden, sich behaupten läst; solchemnach ad 1) daß in dem Schuldwesen des Cammerjunkers von B** sämmtliche Gläubiger bey dem dermalen noch nicht eröfneten Concurs in einer Communion sich befindeten, allen Falls wohl von seinen, des Cammerjunkers von B**, eigenen Gläubigern, nicht aber zugleich von seines verstorbenen Vaters Gläubigern, daß nämlich diese mit jenem in einer Gemeinschaft gleichen Rechtes stünden, gesaget werden mag; bevorab, da ein Erbe von dem Nachlaße des Verstorbenen, ehe und bevor die Schulden davon abgezogen worden, nichts unter seine Güter rechnen, noch auch durch seine Schulden Last den Gläubigern des Verstorbenen in ihren Forderungen Eintrag thun mag r); vielmehr die Gläubiger des Verstorbenen, in Ansehung dessen Nachlasses, wegen des Capitals sowohl, als wegen der Zinßen, vor den Gläubigern ein Vorzugsrecht haben s); Implorant aber, daß seine Constituenten von des Cammerjunkers von B** verstorbenem Vater Gläubiger wären, denen zur Sicherheit ihrer Forderungen das Gut B** verschrieben worden sey, in den Acten allenthalben vorgiebet; sowohl ad 2) weder in den gemeinen Rechten, noch in der dasigen Herzogl. Constitution vom Jahr 1646, so viel aus deren Extract num. act. 4 abzunehmen gewesen, das Gesetz, daß das Separationsrecht erst nach entstandenen formellen Concurs Statt finden sollte, vorgeschrieben worden ist; vielmehr das Separationsrecht, weil vor dessen Berichtigung über die Priorität und Adjudication nicht gehörig erkannt werden kann t), noch vor Entstehung des formellen Concurses zu suchen erlaubt ist, sodann ad 3) die Urthel sub ☉ und ☾ unter andern Personen Theils gesprochen worden, Theils aber auch aus selbigen die Entscheidung der dermaligen Sache, und ob selbige zu ihrer Rechtskraft gelanget, nicht zu ersehen ist; hiernächst das Vorgeben ad 4) sowohl unerwiesen, als unerheblich ist, gestalten die bloße Annehmung der Zinsen von dem Erben des verstorbenen Schuldners nicht zugleich eine Entsagung der Ansprüche auf des Verstorbenen Güter in sich

q) *l. 2. C. de bon. aut. iud. poss.* RICHTER *de iur. et priuil. cred. cap. 1. nr. 1. 2.*

r) CARPZOV *part. 1. const. 28. def. 10.*

s) *l. 18. D. qui pot. in pign.* MEVIUS *part. 7. decis. 245. num. 6.*

t) MEVIUS *part. 8. decis. 322.*

sich beareift; und 5) des Implorantens Constituenten, wenn sie schon vor einer künftigen Claßification ihre völlige Befriedigung erlangen können, einen Theil davon blos anzunehmen nicht verbunden sind; jenes aber, ob sie ihre völlige Befriedigung vor Implorantischen Gläubigern zu verlangen befugt? von der vorhergehenden Berichtigung des von Imploraten noch nicht schlechthin eingeräumten und annoch unerwiesenen Umstandes, daß sie, Implorantens Constituenten, väterliche Gläubiger des Cammerjunkers von B** in der Mase sind, daß ihnen das Gut B** ihrer Forderungen wegen, zur Hypothec verschrieben worden, abhänget; dahero Implorant nur noch zur Zeit mit seinem Suchen abzuweisen, demselben aber, daß er durch Vorlegung der Originalschuldverschreibung seine Constituenten als väterliche Gläubiger des gemeinen Schuldners legitimire, billig nachzulassen und die Unkosten dieses Processes, da Imploranten eine verwegene Streitsucht nicht beygemessen werden kann, stillschweigend gegen ein ander aufzuheben gewesen: So ist demnach, wie im Urthel erhalten, billig erkannt worden.

LXXXXVIII.

Von der Beschaffenheit des Besitzes bey dem Innebehaltungsrechte (iure retentionis).

§. 1.

Obgleich die Selbsthülfe in bürgerlichem Staat, der Regul nach, verbothen ist, so ist es doch vergönnet, in dem auf eine unfehlerhafte Art (sine vitio) habenden Besitze, sich zu vertheidigen u). Dieses giebt nun auch dem Besitzer einer fremden Sache ein Recht, in allen den Fällen, wo es die Gesetze nicht besonders verbiethen, dem Herren derselben solche, wegen seiner an ihm habenden wahren Forderung, so lange, bis er ihn deswegen befriediget hat, vorzuenthalten.

§. 2.

Hierbey entstehet nun aber die Frage: **Was ist zur Ausübung des Innebehaltungsrechtes für ein Besitz erforderlich?** Ich habe zuvor gedacht, daß derjenige, welcher mit Bestande Rechtens sich in seinem

 Besitze

u) *l. 1. C. unde vi.*

Besitze vertheidigen wolle, selbigen auf eine unfehlerhafte Art haben müsse. Fehlerhaft ist aber der Besitz (possessio vitiosa), wenn man denselben mit Gewalt, oder heimlich, oder bittweise von seinem Gegner erlanget hat x). Mit Gewalt erlangt man von dem andern den Besitz, wenn man sich der Sache wider dessen Wissen und Willen bemächtiget y). Heimlich geschiehet solches, wenn man den Besitz ohne des andern Wissen, da man doch wußte, oder doch wissen sollen, daß er es nicht verstatten würde, sich zugeeignet hat z). Bittweise überkommt man den Besitz, wenn uns selbiger nur in der Mase, daß wir dem andern zu jeder Zeit, wenn er es verlanget, die Sache wiederum abtreten sollen, überlassen worden ist a). Und dieses wird, bey ermangelnder ausdrücklicher Abrede, daraus, daß uns der Besitz blos auf unser Bitten verstattet worden, geurtheilet b).

§. 3.

Ob nun gleich der bittweise Besitz in den Rechten mit unter die fehlerhaften Besitze gerechnet wird (§. 2), so ist dieses doch nur auf die Art zu verstehen, daß der Besitz für vitiös zu halten, wenn derjenige, welcher die Sache bittweise inne hat, selbige dem Verwilliger, oder der in dessen Recht tritt, auf sein Verlangen wieder heraus zu geben ohne gerechte Ursache sich weigert c). Denn dieses, daß wir dem andern die Sache freywillig auf eine wiederrufliche Art überlassen, geschiehet mit unsern Willen. Was aber mit unsern Willen geschiehet, das darf für keine Bevortheilung gehalten werden d). Dahero ist auch dieses, daß wir des andern Sache bis auf Wiederruf besitzen, für kein fehlerhafter Besitz anzusehen, sondern wir besitzen die Sache bis zum Wiederruf vielmehr rechtmäßig. Wie dieses auch die Gesetze ausdrücklich verordnen e). So nun auch ist der Besitz, nach geschehenen Wiederruf, nicht für fehlerhaft zu halten, wenn wir dessen Einräumung dem andern aus gerechter Ursache verweigern. Denn wer sich seines Rechts bedienet, der fügt dem Andern kein Leid zu f).

§. 4.

x) *l. 1. §. 9. D. uti possid.*

y) *l. 1. §. 5. seqq. D. quod vi aut clam.*

z) *l. 3. §. 7.* et *8. l. 4. D. quod vi aut clam.*

a) *l. 1. pr. l. 2. §. 2. D. de precario.*

b) *l. 2. §. 3. D. de precario.*

c) *l. 20. D. de acquir. vel amitt. poss. l. 34. C. de loc. cond.*

d) *l. 145. D. de reg. iur.*

e) *l. 22. §. 1. D. de noxal. act. l. 7. §. 4. D. comm. diu. l. 13. §. 1. D. de publ. in rem. act.*

f) *l. 13. §. 1. D. de iniur.*

§. 4.

Aus dem bisher abgehandelten ergiebet sich also, daß zur Ausübung des Innebehaltungs Rechtes ein unfehlerhafter, das ist ein solcher Besitz, da man von seinem Gegner die Sache weder mit Gewalt, noch heimlich noch bittweise inne hat, erforderlich sey g).

§. 5.

Gesetzt nun, daß derjenige, welcher das Innebehaltungsrecht ausüben will, die Sache in einem unfehlerhaften Besitze hat (§. 4.); so entstehet ferner die Frage: ob er, ausser der blossen Innehabung der Sache, auch auf diese selbst ein Recht haben müsse? Es dürfte so scheinen, weil derjenige, welcher in dem Besitze geschützet seyn will, nicht in einem blossen Besitze seyn, sondern die Sache, ohne sie in eines andern Nahmen inne zu haben, für sich besitzen, und also selbige, wo nicht aus einem Eigenthum, jedoch aus einem andern dinglichen Rechte h) inne haben muß i). Allein wenn Jemand wegen seines Innehabungsrechtes in dem Besitze geschützet seyn will, so thut er solches nicht in der Absicht, damit er die Sache für sich besitzen möge, sondern er thut es nur seiner Sicherheit willen, damit er den Besitz der Sache eher nicht, als er befriediget worden, zu verlassen genöthiget werden möchte. Dahero denn auch, den Besitz allein bey dem Innehabungsrecht betreffend, schon die blose unfehlerhafte Innehabung der Sache ohne einem daran zugleich habenden dinglichen Rechte hinreichend ist k).

Rechtsfall.

Es heyrathet G. K** die M. E. gebohrne V** und bekommt mit ihr 200 Mfl. zur Mitgift. Dieses sein Eheweib hat noch eine verwitbete Mutter, die R. V** am Leben. Selbige, weil sie schon etwas bey Jahren und sich selbst wiederum zu verehlichen nicht Willens ist, entschließet sich, ihrer Tochter und Schwiegersohn nebst deren künftigen Kindern, ihren Enkeln, ihr Vermögen zu gönnen, und ihnen selbiges, nach ihrem

 Tode,

g) MEVIUS *par.* 9. *decis.* 43.

h) *l.* 36. *D. de adquir. vel amitt. poss.* LAUTERBACH in *coll. pract. lib.* 43. *tit.* 17. §. 5.

i) *l.* 3. §. 8. *D. uti possid. l.* 18. *pr. D. de adquir. vel amitt. poss.* BOEHMER *de actionibus sect.* 2. *cap.* 4. §. 13.

k) *l.* 33. *D. de condict. indeb.* CARPZOV in *iurispr. for. par.* 2. *const.* 25. *def.* 22. *num.* 4. MEVIUS *par.* 2. *decis.* 214. *num.* 4.

Tode, erblich zu überlassen. Zu dem Ende ziehet sie sogleich nebst ihrer Tochter, bey deren Verheyrathung, mit zu ihren Schwiegersohn, in der Meinung, daß sie bey selbigen ihre noch übrige Lebenszeit zu bringen will. Sie wendet dahero denn auch nicht nur ihren sämmtlichen Haußrath zu selbigen, sondern, weil ihr Schwiegersohn seines Vaters Gut zu G** käuflich angenommen und dabey zugleich einige Schulden mit übernommen, so giebt sie auch zu deren Bezahlung 300 Mfl. 12 gr. her. Ausserdem nimmt sie sich auch der ganzen Wirtschaft an, daß sie, nach ihrem Vermögen, fleißig arbeitet und dabey alles, so wohl als ihr Schwiegersohn und dessen Eheweib, unter ihrem Beschluß hat, und bey selbigen, ausser der Wohnung, auch an ihrem Tische mit ißt und trinket. Nun geschiehet es aber, daß ihre Tochter ihrem Ehemanne, mit dem sie zwey Kinder gezeuget und bishero sechs Jahr in Ehestande gelebet, untreu wird und mit einer andern Mannsperson einen Ehebruch begehet. Ehe nun aber dieser Ehebruch dem Ehemanne bekannt wird, so läst sich dieser bereden, daß er so wohl seinem Eheweibe, wegen der 200 Mfl. Mitgiftsgelder, als auch seiner Schwiegermutter, wegen der von selbiger erhaltenen 300 Mfl. 12 gr. zu deren Sicherheit, sein Hauß und Hufengut zu G** vor Gericht unterpfändlich verschreibet, und ihnen deshalb einen gerichtlichen Consens ausstellen läst. Nachdem dieses geschehen, wird gedachter Ehebruch bekannt und sein ehebrecherisches Weib verläst ihn. Bey diesen Umständen ist nun derselbe, zumal da er argwöhnet, daß seine Swiegermutter ihrer Tochter bey dem Ehebruche hülfliche Hand geleistet, und ihm zeithero verschiedene Sachen veruntrauet und entwendet habe, nicht gemeinet, seine Schwiegermutter länger bey sich zu behalten. Weil diese aber in Güte nicht weichen will, so sucht er deshalb um die Hülfe des Richters nach, und bittet ihr bey Strafe aufzuerlegen, daß sie ungesäumt sein Hauß räumen möge. Es wird ihr nun auch auferlegt, solches in einer Woche zu bewerkstelligen, oder, warum sie solches nicht thun wollen, binnen eben dieser Zeit zu den Acten zu erkennen zu geben. Es geschiehet das letztere, und sie schützt wegen ihrer an ihn habenden Forderung an Mägdelohn, für die ihm geleistete Dienste, desgleichen, daß er ihr erst ihren zu ihm gebrachten Haußrath herausgebe und ihr dessen Gebrauch vergüthe, auch zuvor die 300 Mfl. 12 gr. bezahle, die Retention vor. Er hingegen vermeint, daß ihre Retention ungegründet sey. Beyde Theile verfahren schriftlich darüber. Und, nachdem dieses geendiget worden, wird darüber in März 1770 nach B** folgender masen erkannt.

Urthel

Urthel

Auf geschehene Imploration, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen, G. K**, zu G**, Implorantens an einem, R. verwittibten V**, Imploratin am andern Theil, f. u. i. d. d. e. A. n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. f. w. v. R.

Daß Implorantens *fol. act.* 1. auf der Imploratin Exmißion gerichtetes Suchen, noch zur Zeit, nicht Statt hat; iedoch werden die Unkosten dieses Processes hiermit gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Implorant in den Gedanken stehet, daß das von der Imploratin wider sein Exmißionsgesuch vorgeschützte Innebehaltungsrecht ungegründet sey, masen 1) die Imploratin ungebethen und von freyen Stücken zu ihm in sein Hauß gekommen, und darinnen bis ietzo ganzer 6 Jahr zu seiner größten Last geblieben wäre; er ihr auch, als ihr Tochtermann, nur aus bloßer Liebe eine Wohnung in dem Hause verstattet hätte; dahero er sie nun auch, da er erfahren, daß ihre Tochter, sein Eheweib, ein schändliches und ehebrecherisches Leben geführet, und er diese deshalb niemals wieder annehmen würde, nicht länger bey sich zu dulden brauchte und wollte; folgbar dieselbe dadurch, daß sie sein Hauß zu räumen sich weigerte, ihn, als einzigen Besitzer und Herrn des Haußes, in seinem Besitze beeinträchtigte l); folglich ihr wegen dieses fehlerhaften Besitzes kein Innebehaltungsrecht zustünde m), bevorab da derjenige, welcher nur aus Familiarität zu einem Freunde sich gewendet, den Rechten nach, hierdurch das Hauß seines Freundes nicht besäße n), und ob ihr gleich nachhero, wegen der 300 Mfl. 12 gr. das Hauß gerichtlich verschrieben worden wäre, sie hierdurch zwar ein Pfandrecht, nicht aber das Hauß selbst pfandweise in Besitz bekommen hätte; sie aber die Art des Besitzes, da sie vorhero nur bittweise bey ihm gewohnet, vor sich selbst nicht ändern o), auch, Falls sie der Meinung gewesen, hierinne unrecht gehan-

l) *l.* 34. *C. de locato et conducto.*

m) Vitioso enim possessori ius retentionis non prodest. GAIL *lib.* 2. *obs.* 12. *num.* 5.

n) *l.* 41. *D. de adquir vel amitt. poss.*

o) *l.* 3. §. 19. *D. quod met. caussa.* LEYSER *spec.* 175. *med.* 6.

gehandelt und dadurch kein Innebehaltungsrecht erlangen mögen p); sowohl 2) derjenige, welcher sich dieses Rechtes bedienen wollte, eine gewisse und klare Schuldforderung haben müste q); ihre Forderungen aber die sie an ihn machte, nicht so beschaffen wären; gestalten erstlich, das geforderte Mägdelohn belangend, selbiges um deswillen ungegründet wäre, weil sie keine Mägdedienste geleistet, er auch dieselbe von ihr nicht verlanget hätte, sondern er ihr, als einer alten gebrechlichen Frau, vielmehr aufwarten, sie ernähren und pflegen, auch deshalb die ganze Zeit über Mägde und Tagelöhner halten müssen, und dadurch merklich zurückgekommen sey, daß sie ihm in Gegentheil Haußzinß und Kostgeld zu geben hätte; sodann zweytens, ihren Haußrath betreffend, welchen sie von ihm heraus verlangte, sie ihm selbigen weder aufzuheben gegeben, noch er solchen gebraucht, noch auch ihr vorenthielte; desgleichen drittens die 300 Mfl. 12 gr., weshalb sie ihn schon besonders in Klage genommen, eines Theils nicht völlig das Ihrige ausmachten, indem darunter 100 Mfl. steckten, so sein ehebrecherisches Eheweib noch von ihrem Vater zu fordern gehabt, und die ihm also wegen dieses Ehebruchs zugefallen wären; andern Theils auch deren Zahlungstermin noch nicht vorhanden sey, und dritten Theils durch das jährliche Kostgeld zu 50 Mfl. welches sie ihm wegen der, die obgedachten 6 Jahre hindurch, bey ihm genossenen Kost, zu bezalen hätte, aufgehoben würde; endlich überdem 3) zum Innebehaltungsrechte der Umstand, daß die Schulden mit der Sache selbst eine Connexion hätten, erforderlich sey; dieses aber bey ihren Forderungen nicht angetroffen werde; mithin, daß anders, als geschehen zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte.

D. a. u. d. ad 1) die Imploratin, Implorantens eigenem Anführen nach, bishero ganzer 6 Jahre hindurch bey ihm gewohnet, und also auch bis ietzo in dem Besitze des Hauses mit gewesen, masen der Besitz überhaupt in nichts anders als in einer Innehabung der Sache bestehet r); und ob zwar die Gesetze unter den beyden Redensarten: in Besitz seyn, und besitzen, einen Unterschied machen, und das Wort, besitzen, hauptsächlich nur von demienigen, der die Sache als Eigenthumsherr, oder sonst

p) arg. *l.* 14. §. 2. *C. de compens.*
q) arg. *l.* 12. *D. de vi et vi arm. l.* 11. §. 1. *C. de compensat.*
r) *L.* 1. *pr. D. de adquir. vel amitt. possess.*

sonst aus einem dinglichen Rechte inne hat, gebrauchen s), selbige jedoch zum Innebehaltungsrecht, daß einer die Sache eben aus einem dinglichen Rechte bereits in Besitz habe, nicht erfodern, sondern vielmehr demjenigen, welcher dergleichen an der Sache nicht hat, und nur auf keine widerrechtliche Art zum Besitz derselben gelanget ist, die Retention ausdrücklich verstatten, auch sogar, daß er zuweilen ohne dieselbe sonst gar nicht zu seiner Forderung gelangen solle, ausdrücklich verordnen t); von der Imploratin nun aber, daß sie auf widerrechtliche Art zum Besitz des Hauses gelanget sey, sich mit Bestande Rechtens nicht behaupten läßt, anerwogen dieselbe mit des Implorantens eigener Zufriedenheit zu ihm eingezogen ist, indem er dieselbe sonst nicht aufnehmen und ganzer 6 Jahr hindurch bey sich dulden sollen; es auch wider alle Wahrscheinlichkeit ist, daß die Imploratin, als Schwiegermutter des Implorantens, da sie alle ihre Haabseeligkeiten zu ihm gewendet, und ihm so gar die 300 Mfl. 12 gr. zur Bezahlung seiner Schulden überlassen hat, ihn um das Einziehen in sein Hauß gebethen haben sollte; ohne bittliches Ersuchen aber ein nur auf bittliche Art erlangter Besitz nicht zu gedenken ist u); und gesetzt auch, daß Imploratin nicht auf Implorantens eigenes, sondern blos auf ihr Bitten zu ihm eingezogen wäre, sie jedoch, nach ihrer Aufnahme, Imploratens Hauß nicht nur schlechthin zu besitzen x), sondern auch auf rechtmäßige Art zu besitzen angefangen hat y), gestalten eine Besitznehmung, welche mit unserm Willen geschiehet, nicht für widerrechtlich gehalten werden mag; und ein bittweise erlangter Besitz nur alsdenn, wenn der Besitzer, auf Verlangen des Eigenthümers, die Sache ihm wieder abzutreten ohne gerechte Ursache sich weigert, für vitiös zu halten ist z); die Imploratin aber nicht ohne gerechte Ursache Implorantens Hauß zu räumen sich weigert, angesehen dieselbe mit Recht verlanget, daß sie Implorant auf eben die Art, als sie zu ihm eingezogen, wiederum abziehen lasse, und daß sie dahero dasjenige, was sie zu ihm gewendet, bevorab, da solches aus der Absicht, um ihre übrige Lebenszeit bey Imploranten zuzubringen, geschehen,

s) *l. 10. §. 1. D. de adquir. vel amitt. poss.*

t) *l. 33. D. de condict. indeb.* vbi: nullo alio modo quam per retentionem impensas seruare posse. *l. 14. §. 1. D. commun. diuid.*

u) *l. 2. §. 3. D. de precario.*

x) *l. 1. §. 1. D. de precario.*

y) *l. 22. §. 1. D. de noxal. act. l. 7. §. 4. D. commun. diu. l. 13. §. 1. D. de public. in rem. act.*

z) *l. 20. D. de adquir. vel amitt. poss. l. 34. C. de loc. cond.* LAVTERBACH *in coll. pract. lib. 43. tit. 26. §. 12.*

hen, und diese nunmehro, bey den sich veränderten Umständen, wieder rückgängig werden soll, zuvor wiederbekomme und mit sich nehmen dürfe: dahero denn nun auch die von der Imploratin verweigerte Räumung des Haußes, zumal, da die Retention dem Eigenthümer weder sein Eigenthum, noch sonstigen Rechte an der Sache entziehet, sondern dem Gläubiger zu seiner Sicherheit nur so lange, bis er befriediget worden, eine blose Detention zu Wege bringet a) für keine Beeinträchtigung, oder Interversion des dem Imploranten an dem Hauße zustehenden Civilbesitzes gehalten werden mag b); und obgleich derjenige, so aus einer Familiarität zu jemanden sich wendet, dadurch dessen Hauß nicht aus einem dinglichen Rechte zu besitzen anfängt, er jedoch cörperlicher Weise das Hauß mit inne hat c); und ihm schon dieses, wenn er anders eine gegründete Forderung an dem eigentlichen Besitzer der Sache hat, obausgeführten Gründen nach, ein Befugnis giebet, nicht eher, als bis er befriediget worden, von sothaner Innehabung abzustehen; so wie dieses Innebehaltungsrecht auch in andern ähnlichen Fällen, zum Exempel, wenn ein Pachter etwas nöthiges auf die ihm verpachtet gewesene Sache verwendet, oder, wenn ein Fuhrmann, wegen der gefahrnen Sachen, einen Aufwand gehabt, oder ein Gastwirth dasjenige, so der Eingekehrte bey ihm verzehret noch nicht bezahlet erhalten, Statt findet d); solchemnach Imploratin auch nicht einmal wegen des erlangten Pfandrechtes das Innebehaltungsrecht auszuüben nöthig hat, ob ihr solches schon auch dieserwegen um so mehr auszuüben zustehet, weil ihr dadurch eine hypothecarische Klage, das verschriebene Hauß ihr so lange, bis sie wegen der 300 Mfl. 12 gr. ihre völlige Befriedigung erhalten, einzuräumen, erworben worden; demjenigen aber, welcher eine Sache mittelst einer Klage von dem andern heraus zufordern befugt ist, desto mehr, wenn er bereits in dem Besitze der Sache ist, sich mittelst einer Einrede zu helfen, und, bis zu seiner Befriedigung die Sache inne zu behalten, die Macht zukömmt e); sodann ad 2) wenn gleich der Imploratin Forderung des Mägdelohns ungegründet scheinet, und Implorant ihr ihren Haußrath verabfolgen zu lassen sich nicht weigert, sie jedoch, besage der gerichtlichen Verschreibung, fol. act. 32. eine

a) MEVIUS *part. 3. decis. 255. et part. 4. decis. 88.* CARPZOV *part. 1. decis. 66.*

b) *l. 20. D. de adquir. vel amitt. poss.*

c) d. *l. 41. D. de adquir. vel amitt. poss.*

d) CARPZOV *part. 2. const. 25. def. 21. et 22.*

e) Cui datur actio, ei multo magis exceptio competere debet. *l. 156. §. 1. de reg. iur.*

ne gewisse und klare Forderung von 300 Mfl. 12 gr. an Imploranten hat; welche Implorant durch seine erst auf weitere Ausführung beruhende Einreden nicht sogleich entkräften, vielweniger damit der Imploratin Innebehaltungsrecht hintertreiben mag f); auch zum Innebehaltungsrecht, daß die Bezahlung der Schuld sogleich verlangt werden könne, nicht erforderlich ist g); und über dieses in kurz zuvor erwehnter gerichtlichen Verschreibung nicht einmal eine Zahlungszeit bestimmt ist; hiernächst ad 3) derjenige, welcher in dem Besitze der ihm verpfändeten Sache ist, selbige auch wegen anderer Schulden, als wofür die Verpfändung geschehen, so lange, bis er auch dieserhalb befriediget worden, inne behalten kann h); sowohl in der mehrgedachten gerichtlichen Verschreibung, daß Implorant von der Imploratin die 300 Mfl. 12 gr. zur Bezahlung der bey käuflicher Annehmung des väterlichen Gutes zu Gerega mit übernommenen Schulden empfangen habe, ausdrüklich enthalten ist; übrigens aber die Unkosten dieses Processes, weil Implorant nicht ohne wahrscheinlichen Grund gestritten, zu compensiren sind: So ist demnach wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

LXXXXVIIII.

Das Innebehaltungsrecht (ius retentionis) giebt zwar eine Einrede, aber keine Klage.

§. 1.

Es ist in nächstvorhergehender Betrachtung (§. 1) dargethan worden, daß das Innebehaltungsrecht aus einer Vertheidigung eines wohlerworbenen oder unfehlerhaften Besitzes entspringet. Hieraus folget also daß wer sich des Innebehaltungsrechtes bedienen will, der muß in Besitz seyn i), und ausserdem desselben als einer Einrede wider den andern, der die Sache heraus verlanget, sich bedienen k).

f) MEVIUS *part.* 3. *decis.* 369. STRYK in *vsu mod. lib.* 16. *tit.* 2. §. 16.

g) WERNHER *part.* 10. *obs.* 277. *num.* 1. 2.

h) *l. vn. C. etiam ob chirogr. pec. pign. ret.* CARPZOV *part.* 2. *const.* 25. *def.* 25. MEVIUS *part.* 2. *decis.* 214. *not.* 4.

i) *l.* 1. *pr. D. de pignor.* Vbi: facilior erit possidenti retentio.

k) *l.* 14. §. 1. *D. commun. diu.* FINCKELTHAVS in *obseruat. pract. obs.* 98. *num.* 36.

§. 2.

Wer dahero nicht in Besitz ist, oder des Besitzes, ohne dem andern das Innebehaltungsrecht entgegen zu setzen, sich freywillig begeben; der kann die Sache, wegen des ihm sonst zuständigen Retentionsrechtes, von demselben nicht heraus verlangen, um sich nach erlangten Besitz, der Retention wider ihn bedienen zu wollen. So können, zum Exempel, bey Lehngütern die Allodialerben und andere Gläubiger wegen einer subsidiarischen Lehnschuld, wenn die Bezahlung aus dem Allod nicht zu erlangen stehet, wohl das Innebehaltungsrecht an dem Lehngute ausüben l), allein wenn sie nicht in Besitz sind, so haben sie kein Recht, der ihm sonst zustehenden Retention wegen, die Abtretung des Lehns von dem Besitzer heraus zu verlangen.

§. 3.

Ganz ein anderes würde aber zu sagen seyn, wenn man zwar das Innebehaltungsrecht gebrauchen wollen, man wäre aber daran verhindert worden, daß uns der andere auf unrechtmäßige Weise des Besitzes entsetzet hätte. Denn da könnte man sich der Spolienklage wider selbigen bedienen m). So wie auch denenjenigen, welche auf rechtmäßige Art die Sache inne haben, zur Behauptung ihres Retentionsrechtes, sich der possessorischen Rechtsmittel zu Nutze zu machen, unverwehrt ist n).

Rechtsfall.

Die Obristin C. Ch. von B** klagt wider den Rath und Amtmann W** als Besitzer des B**schen Lehngutes zu W** wegen zweyerley Forderungen. Erstlich wegen der Illaten, so sie ihrem verstorbenen Ehemann C. F. R. von B** zugebracht. Zweytens wegen 2000 Rthl. so sie ihrer Schwiegermutter bezahlt, und derentwegen ihr diese ihre Schwiegermutter eine gleiche Forderung von 2000 Rthl., welche dieselbe in eben das besagte B**sche Lehngut ihres Ehemannes verwendet gehabt, mit

l) MEVIUS *par.* 2. *decis.* 115. STRECKER diss. *de eo quod iustum est circa ius retentionis.* §. 23. Erford. 1737. *num.* 6. BERLICH *par.* 2. *concl.* 32. *num.* 4. MEVIUS *ad ius lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *art.* 13. *num.* 49. FABER in *Cod. lib.* 5. *tit.* 7. *def.* 11.

m) *l.* 7. *C. ad leg. Iul. de vi pub. c.* 2. *X. de ordin. cognit.* CARPZOV *par.* 2. *const.* 25. *def.* 8. H. PISTOR. *obs.* 107.

n) MOLIGNAT. *de iur. retent. qu.* 117. MEVIUS *par.* 3. *decis.* 43. *num.* 5.

mit allen ihren deshalb in sothanem Rittergute und dessen Zubehör zuste- henden Rechten und Privilegien, mittelst darüber ausgestellten zweyen Ur- kunden A und B, abgetreten. Sie verlangt, daß ihr, dieser beyden Po- sten wegen, Beklagter besagtes Rittergut so lange, bis sie deshalb völlig befriediget worden, einräume.

Es geschiehet nun aber auch, daß Beklagter, der Rath und Amt- mann W**, wider sie, die Obristin von B**, eine Klage erhebet. Es hat nämlich eben gedachte Obristin von B** von dem Obristen W. L. von W** 1000 Rthl. erborget, und dieserhalb demselben die zuvorgedach- ten beyden Urkunden A und B, so sie von ihrer Schwiegermutter über die 2000 Rthl. ausgestellt erhalten gehabt, dergestalt unterpfändlich einge- setzt, daß dieser ihr Gläubiger, auf den Nichtzahlungsfall, davon 1000 Rthl. abgetreten erhalten haben, und solche mit ihrem Rechte an dem B**schen Lehngute zu suchen befugt seyn sollte. Vor Abtrag dieser 1000 Rthl. aber stirbt ihr Gläubiger, der Obriste W. L. von W**. Dieses seine Erben treten darauf diese Forderung mit dem unterpfändlich eingesetz- ten Documenten A und B an den Rath und Amtmann W**, der Obri- stin von B** oberwehnten Beklagten, ab.

Aus dieser Cession klagt nun der Rath und Amtmann W** wider die Obristin von B**. Diese schützt darwider vor, es läge unter dieser Schuld eine verdeckte Bürgschaft verborgen, indem nicht sie, sondern ihr Ehemann die 1000 Rthl. erhalten, und nichts davon in ihren Nutzen verwendet worden wäre. Sie brauchte dahero, weil eine Weibesperson wegen ihrer Bürgschaft nicht haftete, selbige auch nicht zu bezahlen. Al- lein, weil diese Einrede auf weitere Ausführung beruhete, der Rath und Amtmann hingegen klare Briefe und Siegel vor sich hatte, so wurde sie, die 1000 Rthl. zu bezahlen, für schuldig erkannt, und mit gedachter ihrer Einrede in die Reconvention verwiesen.

Sie stellt nun auch diese Reconvention an, und führt so viel aus, daß sie ein obsiegliches Urthel erhält, und zwar in der Mase, daß wenn sie schwören könnte und wollte, daß nicht sie, sondern ihr verstorbener Ehemann, C. F. R. von B**, das von dem Obristen W. L. v. W** am 25sten März dargeliehene Capital der 1000 Rthl. erhalten, davon auch in ihren Nutzen etwas nicht verwendet worden, sie, dieses Capital sammt den Zinsen zu bezahlen, nicht schuldig sey.

Sie legt nun auch würklich diesen Eyd ab, und stellt darauf, ausser der obigen ersten Klage, noch eine andere besondere Klage wider den Rath und Amtmann W** an.

Sie gedenkt darinne, daß nunmehro die in ihrer ersten Klage in den Acten sub ♀ Vol. I. mit libellirten 2000 Rthl. für erwiesen anzusehen, weil Beklagter in seiner Klage, wegen der 1000 Rthl. fol. 1 act. sub ⊙ Num. I. selbst die Documente sub A und B als solche, woraus erhellete, daß sie die 2000 Rthlr. in das B** sche Lehngut eingebracht und verwendet, mit eingeführet hätte. Folglich sey davon sein eigenes Geständniß bey den Acten. Nun wäre aber in der Constitutione electorali Saxonica XXV. part. II. ausdrücklich verordnet, daß eine Ehefrau, ihrer bewiesenen Illaten wegen, so lange, bis sie des Ihrigen vergnüget worden, das ius retentionis und ihren Unterhalt in den Lehngütern haben sollte. Also stünde ihr nun auch in dem besagten B** schen Lehngute, der bewiesenen 2000 Rthl. Illaten wegen, das ius retentionis und ihre Unterhaltung so lange zu, bis sie dieser 2000 Rthl. halber, samt den Interessen völlig vergnüget worden. Nun könnte sie aber ohne vorhergehende Immißion weder das ius retentionis noch ihren Unterhalt haben, mithin wollte sie gebethen haben, sie in das beregte B** sche Lehngut so lange, bis sie der 2000 Rthl. wegen, nebst den Interessen völlig befriediget worden, zu immittiren.

Das Gericht ertheilt ihr aber die abschlägliche Resolution, daß, weil in dem Urthel auf die Immißion nicht mit erkannt worden, ihrem Suchen zu fügen, bedenklich sey.

Allein sie beruhiget sich bey dieser Resolution nicht, sondern beharret bey ihrer Bitte, indem sie dabey zugleich vorstellet, daß sie, vor abgelegten Erfüllungseyde, von Bezahlung der fol. 1 act. sub ⊙ Num. I. libellirten 1000 Rthl. sammt Zinsen noch nicht gänzlich entbunden gewesen. Es hätten da auch die 2000 Rthl. Illaten noch nicht für völlig bewiesen angesehen werden können. Deswegen hätte denn auch dieser 2000 Rthl. wegen, noch nicht auf die Immißion erkannt werden können. Nunmehro aber, nach abgelegten Erfüllungseyde, wären selbige vorherangeführter Masen überflüßig aus den öffentlichen Acten erwiesen. Sie fordert dahero von Beklagtem Einlassung und Antwort auf diese ihre Klage.

Beklagter setzt derselben verschiedene Einreden entgegen, und die Acten werden, nach geendigten rechtlichen Verfahren, zum auswärtigen

Rechts-

Rechtsspruch verschicket. Worauf denn im August 1769 nach F** folgendes Erkänntniß gegeben wird.

Urthel

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen Actorn Vormunds Frauen C. Ch. von B**, Klägers an einem, Anwalds G. F. W**, Beklagtens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. u. a. b. A. i. IX. St. z. u. d. u. r. M. v. w. s. w. v. R.

Daß Klägers Suchen nicht Statt hat. Es ist auch derselbe die hierdurch verursachten Unkosten, nach vorhergehender deren Liquidation und richterlicher Ermäsigung, Beklagtem zu erstatten verbunden. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl Klägerin die Bitte ihrer fol. 110 act. sub ♀ Vol. II. erhobenen Klage, wodurch sie um die Immißion in das B** sche Lehngut zu M**, wegen ihrer daran habenden Illatenforderung von 2000 Rthl. nachgesuchet, damit begründen will, 1) daß, nach Innhalt der Constit. Elect. Sax. 25 part. 2, eine Ehefrau ihrer bewiesenen Illaten wegen, so lange, bis sie des Ihrigen vergnüget, an ihres Ehemannes Gütern das ius retentionis und ihre Unterhaltung haben solle; 2) der Beweiß von ihren zuvorgedachten 2000 Rthl. Illaten aber sich sogleich aus den bishero zwischen ihr und Beklagtem geführten öffentlichen Acten darlege, gestalten Beklagter in der wider sie fol. 1 act. sub ⊙ num. I. angestellten Convention selbst mit klaren Worten fol. 2 eor. act. anführete, daß sie besagte 2000 Rthl. in das W** sche B** sche Lehngut, nach den beygelegten, fol. 9 und 12 eor. act. befindlichen, Documenten sub A und B eingebracht und verwendet hätte; des Gegners eigenes gerichtliche Geständniß aber, bekannten Rechten nach, den vollkommensten Beweiß abgäbe; solchemnach ihr auch das Innebehaltungsrecht, erwehnter Illatenforderung wegen, an dem B** schen Lehngute zustehen müsse, und denn dieses Recht 3) ohne ihre vorgängige Immißion in das B** sche Lehngut nicht ausgeübet werden könnte, folgbar ihr dieselbe zu verstatten sey; bevorab 4) ihr nicht entgegen stünde, daß sie mit diesem Gesuch schon vorhero Theils in den Acten sub ♃ Vol. II. fol. 229, Theils in den Acten sub ♀ Vol. II. fol. 103, abgewiesen werden wollen, masen dieses eigentlich um des willen, weil bisher die 2000 Rthl.

noch

noch nicht für völlig bewiesen angesehen werden können, geschehen sey, anerwogen die völlige Liquidität dieser 2000 Rthl. erst nach dem von ihr fol. 22 b seq. act. sub 4 Vol. I. angestellten Reconvention durch den fol. 227 act. sub 4 Vol. II. erkannten und von ihr iuxt. fol. 281 b eor. act. würklich abgelegten Eyd entstanden wäre, auch 5) die dem Beklagten geschehene Adiudication der von ihm sub hasta erstandenen Hälfte des B** schen Lehngutes ihrem Innebehaltungsrechte und der deshalb anietzo verlangten Immißion um deswillen, weil die Adiudication, iuxt. fol. 300 seq. act. sub ⊙ Num. I. mit Vorbehalt des ihrer Illaten wegen ihr zustehenden Vorzugsrechtes geschehen wäre, nicht nachtheilig seyn könnte; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

Dennoch aber und dieweil das ius retentionis, oder Innebehaltungsrecht, wie schon das Wort selbst zu erkennen giebet, nur demienigen, welcher würklich im Besitz der Sache ist, zustehet, und Kraft desselben ein Besitzer so lange, bis er seiner Forderung wegen befriediget worden, die Sache in seinem Besitze behalten kann, folgbar dasselbe dem Besitzer wohl eine Einrede, keinesweges aber demjenigen, so nicht im Besitze ist, eine Klage zu Wege bringet; dahero denn auch demienigen, welchem sonst zwar sothanes Innebehaltungsrecht zustehet, der aber nicht mehr in Besitze sich befindet, das Befugnis, auf die Immißion zu klagen, nicht zukommt, und blos in dem Fall, da einer auf unrechtmäßige Weise des Besitzes entsetzet worden, eine Ausnahme sich machen lassen würde o); dergleichen Fall aber gegenwärtig nicht vorhanden ist; also auch die ad 1) angeführte chursächsische Constitution der Ehefrau, des ihrigen wegen, nur auf dem Fall, da sie in Besitze ihres Mannes Güter ist, das ius retentionis zuspricht; mithin wenn Klägerin auch ad 2) die 2000 Rthl. als Illaten bewiesen haben sollte, ihr dennoch, des Innebehaltungsrechtes wegen, um eine Immißion nachzusuchen, kein rechtliches Befugnis zustehet; hiernächst auch Klägerin, daß die 2000 Rthl. würkliche Illaten sind, noch nicht bewiesen hat, masen Beklagter die Documente sub A und B. seiner Convention, blos zu Begründung der ihm von den Erben des verstorbenen Herrn von W** cedirten 1000 Rthl., der Klage beygefüget, keinesweges aber sich bey seiner Convention auf diese Urkunden aus der Absicht

o) CARPZOV in *iurisprud. for. part. 2. const. 25. def. 8. num. 3.*

Absicht bezogen hat, daß er dadurch der Klägerin ihre Forderung wegen dieser 2000 Rthl. als völlig liquid eingestehen und ihr daraus ein Recht, wider ihn zu klagen, einräumen wollen; sodann da ad 3) der Klägerin, wie zu Eingange dieser Entscheidungsgründe dargethan worden, kein Innebehaltungsrecht mehr zustehet, sie auch deshalb auf keine Immißion zu klagen befugt ist; zumal da sie ad 4) dieser 2000 Rthl. wegen schon fol. act. sub ♃ Vol. I Klage mit erhoben, und in ihrem Beweiße, art. 12. 13 14 und 15, darauf iuxt. fol. 117 et 118 eor act. besonders mit articuliret hat; welcher Proceß, da er noch nicht zu Ende gebracht worden, erst abzuwarten und dieserhalb, besage der Entscheidungsgründe, fol. 129 b, Klägerin schon fol. 229 act. sub ♃ Vol. II mit ihrem jetzo wiederholten Immißionsgesuch rechtskräftig abgewiesen worden ist; auch durch den angezogenen von ihr geleisteten Eyd keines weges die Liquidität der 2000 Rthl. völlig berichtiget, sondern des Beklagtens wider sie wegen 1000 Rthl. zuvor obsieglich ausgeführte Convention wiederum zernichtet und sie dieserhalb außer Anspruch gesetzet worden ist; bey welchen Umständen ihr nun auch ad 5) die Ablehnung des Zweifels wegen der dem Beklagten geschehenen Adiudication des B** schen Lehngutes zu keinem Behuf dienet, vielmehr sie durch diese unstatthafte Klage dem Beklagten nur vergebliche Unkosten verursachet hat; zu deren Ersetzung sie, den Rechten nach, verbunden: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

C.

Von der Zuläßigkeit und Unzuläßigkeit der Eydesdelation, deren sich der Beklagte uber seine vorgeschützten Einreden bedienet.

§. 1.

Bey dieser Sache hat man zuförderst den Executivproceß von einem Nichtexecutivproceß zu unterscheiden. Bey dem letztern ist es ein unstrittiger Satz, daß, weil nach den gemeinen und canonischen Rechten keine gewisse Frist zu Führung des Beweißes gesetzet, sondern deren Bestimmung dem Willkür des Richters überlassen ist p), sowohl der Kläger, als

p) *l. 1. C. de dilat. c. 4. c. 3. q. 3.* Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 54.

als auch der Beklagte der Eydesdelation, so lange noch nicht zum Urthel beschlossen worden, sich bedienen kann q).

§. 2.

Hierbey entstehen nun aber in Ansehung des Beklagtens zweyerley Fragen. Erstlich, ob die Eydesdelation, deren sich der Beklagte vor dem Beschluß zum Urthel über seine Einreden bedienet hat, allemal Statt findet? Zweytens, ob die Eydesdelation, welche der Beklagte über seine Einreden nach dem Beschluß zum Urthel gebraucht hat, unstatthaft sey? Wir wollen beyde Fragen sowohl nach den gemeinen, als sächsischen Rechten erwägen.

§. 3.

Bey der ersten Frage (§. 2) ist ein Unterschied unter den verzögerlichen und zerstörlichen Schutzreden zu machen. Die verzögerlichen Schutzreden sind insgemein so beschaffen, daß sie entweder den Beweiß auf den Kläger wälzen, oder ohne Eydesdelation von dem Beklagten sogleich aus den Acten oder durch Instrumente dargethan werden können r). Oftermalen gereichen sie auch dem Beklagten zu keinen gar zu grosen Nachtheil, weshalb denn auch der Richter, wenn sie nicht ganz klar und erwiesen sind, selbige eher übergehet, als, daß er dadurch den Proceß in der Hauptsache aufhalten sollte s). Wären sie nun aber von der Beschaffenheit, daß dem Beklagten daraus ein unersetzlicher, oder sonst groser Schaden zu besorgen stünde, so ist dem Beklagtem weder nach den gemeinen, noch nach den sächsischen Rechten verwehret, sich bey deren Beweiße der Eydesdelation zu bedienen. Denn obwohl besonders nach dem neuern chursächsischen Rechte t) die exceptiones dilatoriae und litis ingressum impedientes vor der Litiscontestation weiter nicht, als in so ferne sie in continenti liquidae sind, attendiret, und deswegen weder auf Beweiß, noch auf die Eydesdelation interloquiret werden soll; so ist selbiges doch nicht auf solche nachtheilige verzögerliche Schutzreden zu erstrecken.

§. 4.

q) *l. 12. C. de reb. cred. et iureiur.*

r) Siehe Seyfart in teutschen Reichsproceß, *lib. 1. cap. 6.* §. 14.

s) LEYSER *spec. 73. med.* 2. et *spec.* 513. *med.* 3. et 4.

t) Erläut. Churf. Proc. Ordn. *ad tit. XI.* §. 1.

§. 4.

Ferner die erste Frage bey den zerstörlichen Schutzreden betreffend (§. 3) so sind dieses entweder solche, welche vor, oder welche nach der Kriegsbefestigung vorgeschützet werden. Ueber die ersten, und welche sonst exceptiones litis ingressum impedientes genennet werden, findet keine Eydesdelation nach den sächsischen Rechten Statt u); weil dergleichen Einreden entweder keinen Beweiß bedürfen, oder sonst so beschaffen seyn müssen, daß sie gleich im ersten zur Kriegsbefestigung angesetzten Termin dargethan werden können x). Ordentlicher Weise macht aber, nach dem Gerichtsgebrauche, die Eydesdelation keinen ohne fernere Ausführung alsobald klaren Beweiß aus. Denn der Richter kann nicht wissen, ob derjenige, welchem der Eyd zugeschoben worden, schwören, oder den Eyd zurückgeben, oder sein Gewissen mit Beweiß vertreten wird, als welches letztere nothwendig einen Auffenthalt verursachet. Hingegen nach den gemeinen Rechten, wenn die Proceßordnungen in einem Lande nicht ein anderes ausdrücklich besagen, kommt es darauf an, ob der Kläger, nach einer von dem Beklagten geschehenen Eydesdelation den Eyd acceptiret, referiret, oder sein Gewissen mit Beweiß zu vertreten sich anerbiethet, oder sich über keines von diesen erkläret. In den beyden letztern Fällen ist die Eydesdelation wegen des vorhin angeführten Grundes füglich nicht zuzulassen y), wohl aber in dem ersten Falle, wenn die Sache durch den geleisteten Eyd so gleich liquid wird z), weil alsdenn die Sache hierdurch nicht aufgehalten, sondern vielmehr ohne Weitläuftigkeit aufgehoben wird.

§. 5.

Sind bey der ersten Frage (§. 2.) die zerstörlichen Schutzreden von dem Beklagten, nach der Kriegesbefestigung, vorgeschützet worden (§. 4) so sind solche derselben entweder angehänget, daß es exceptiones per-

 emtoriae

u) Churf. Proc. Ordn. *tit.* XI. §. 7. Erläuterte Churf. Proc. *ad tit.* XI. §. 1. HAYM *de stylo cur. lib.* 6. *tit.* 3. §. 4. *num.* 2. *cap.* 4. SCHAVMBVRG in *princ. prax. lib.* 1. *sect.* 1. *memb.* 2. §. 10. *not* *pag.* 133.

x) MEVIVS *par.* 3. *decis.* 225. BERGER in *elect. disc. for, tit.* 39. *obs.* 3. *not.* 1. LVDOVICI in Civilproc. *cap.* 14. §. 3. LEYSER *spec.* 513. *med.* 14. Seyfart in teutschen Reichsproc. *lib.* 1. *cap.* 6. §. 18.

y) Seyfart in teutschen Reichsproc. *lib.* 1. *cap.* 6. §. 20.

z) STRYK in *vsu mod. tit. de iureiur.* §. 23. MARTINI in *proc. tit.* 39. §. 3. *num.* 89. LEYSER *spec.* 135. *med.* 2. SCHAVMBVRG *l. c.*

emtoriae in specie sic dictae, oder sie werden annoch selbst bey der Execution vorgewendet, daß es exceptiones peremtoriae privilegiatae sind. Ist das erste, so hat der Beklagte den Grund der Klage entweder eingestanden, oder geleugnet. Hat der Beklagte den Grund der Klage eingestanden und ein oder mehrere Einreden zerstörlich angehänget; so ist kein Zweifel, daß, nach den gemeinen Rechten, der Beklagte, so lange noch nicht zum Urthel beschlossen worden, sich der Eydesdelation darüber bedienen könne (§. 1); weil nach dem Beschluß in der Sache den Partheyen keine weitere Handlung verstattet ist a). Indessen obgleich nach dem Beschluß in der Sache die Eydesdelation vergeblich geschiehet, so muß der Richter doch deshalb des Beklagtens peremtorische Einreden nicht für erloschen ansehen, sondern dem Beklagten den Beweiß derselben auferlegen und ihm dabey die Eydesdelation vorbehalten. Denn es ist nirgends in den gemeinen Rechten verordnet, daß, wenn der Beklagte nach dem Beschluß in der Sache sich der Eydesdelation über seine zerstörlichen Einreden bedienet, er deswegen seines Beweises verlustig werden solle. Keinesweges, sondern es ist dem Beklagten vielmehr, so wie dem Kläger, bis zur Definitivsentenz sich der Eydesdelation zu bedienen, unbenommen b). Die Eydesdelation ist nach dem Beschluß in der Sache nur für nicht geschehen zu betrachten. Wie also der Richter, wenn der Beklagte gar keiner Eydesdelation gedacht hätte, denselben nicht würde haben condemniren können, sondern wegen solcher Einreden auf Beweiß und Gegenbeweiß, mit Vorbehalt beyder Theile Eydesdelation, hätte sprechen müssen; so muß er auch ein gleiches thun, wenn der Beklagte, nach dem Beschluß in der Sache, dem Kläger den Eyd über die in der Kriegesbefestigung zerstörlich angehängten Ausflüchte sollte zugeschoben haben.

§. 6.

Hingegen betrachten wir diesen Fall, da der Beklagte den Grund der Klage eingestanden, und peremtorische Einreden vorgeschützet hat (§. 5.), nach den sächsischen Rechten, so muß der Beklagte, nach der alten chursächsischen Proceß-Ordnung c), dem Kläger in dem ersten oder zweyten Satze, damit dieser mit seiner Nothdurft erst gehöret werden könne, den Eyd darüber deferiren; weil so bald rechtskräftig auf den Beweiß

a) arg. *c.* 9. *X. de fide instrum.* Seyfart in teutschen Reichsproc. *lib.* 1. *cap.* 22. §. 4.

b) Seyfart in teutschen Reichsproceß, *lib.* 1. *cap.* 15. §. 6.

c) *tit.* 18. §. 4.

weiß erkannt worden, oder daß Beklagter sich zum Beweiß, ohne Vorbehalt der Eydesdelation, anerbothen, Beklagtem die Eydesdelation nicht mehr frey stehet. Ich sage, so bald rechtskräftig auf den Beweiß erkannt worden d). Denn es ist dem Beklagten unverwehrt, das Erkänntniß auf den Beweiß durch eine Leuterung oder Appellation von der Rechtskraft abzuhalten, und sich dabey der Eydesdelation noch zu bedienen, weil der Kläger alsdenn, seine Nothdurft, ob er den Eyd acceptiren, referiren oder sein Gewissen mit Beweiß vertreten wolle, darbey annoch zu beobachten e), Gelegenheit hat. Sollte es seyn, daß der Kläger bey der Leuterung oder Appellation des Beklagtens auf die Eydesdelation sich nicht einliesse, sondern etwa zu den vorigen Acten submittirte, so wird folgender massen erkannt: daß es, der eingewandten Leuterung ungeachtet, bey dem vorigen Urthel billig verbleibet, jedoch mit der Erklärung, daß Beklagtem, bey dem Beweise sich der Eydesdelation mit zu bedienen, unbenommen ist. Die Leuterungsunkosten aber hat Beklagter, der hinzugefügten Erklärung ungeachtet, alleine zu tragen, weil er das Versehen begangen, daß er nicht gleich über die Einreden den Eyd im ersten oder zweyten Satze deferirt, oder sich die Eydesdelation wenigstens vorbehalten hat. Nach der neuen chursächsischen Proceßordnung f) aber kann der Beklagte, auch nach erkannten Beweiß seiner Einreden, sich über selbige der Eydesdelation bedienen.

§. 7.

Wäre es, daß der Beklagte bey seiner Einlassung und Antwort auf die Klage, den Grund derselben geleugnet und ein oder mehrere Einreden zerstörlich hinzugefüget (§. 5.); so hat der Kläger dem Beklagten entweder auf den Fall, da Beklagter den Grund der Klage leugnen würde, den Eyd darüber zugeschoben, oder nicht. Im ersten Fall findet die Eydesdelation des Beklagtens über seine Einreden, weder nach den gemeinen, noch nach den sächsischen Rechten, Statt, weil selbige vergeblich ist. Denn der Beklagte hält den Grund der Klage entweder für wahr, oder für unwahr. Ist das erste, so muste er den Grund der Klage eingestehen,

d) Wie dieses auch ausdrücklich in der Altenburg. Proceßordn. *par.* 1. *cap.* 15. §. 4. hinzugefüget worden.

e) IO. HENR. de BERGER disquisitio: quousque actori, reove in foro Saxon. elector. liceat deferre iusiurandum §. 25 et 26. welche hinter seinen electis processus matrimonialis, pag. 351. zu befinden. LVDOVICI in Civilproceß, *cap.* 19. §. 4.

f) ad *tit.* 21. §. 2.

hen, und da stand es ihm frey über die angehängten Einreden Klägern den Eyd zuzuschieben (§. 5. 6.). Hingegen ist das zweyte, so mochte er den Grund der Klage, auf die geschehene Eydesdelation des Klägers, abschwören; da bedarf es seiner Einreden nicht; und ist also dieser darüber dem Kläger zugeschobene Eyd unnöthig. Hatte Beklagter allenfalls selbst nicht Lust zu schwören, so mochte er den Haupteyd, welchen ihn der Kläger zugeschoben, diesem, wenn die Sache nicht seine, des Beklagtens, eigene Handlungen betroffen, wieder zurückgeben, oder sein Gewissen mit Beweiß zu vertreten sich anerbiethen. Zum Exempel es werden eines seine Erben wegen einer Geldschuld verklaget, daß der Verstorbene von ihm, dem Kläger, 100 Rthlr. geborget hätte. Er deferirt dem Beklagten hierüber in der Klage den Eyd. Beklagtens Erben leugnen, daß der Verstorbene das Geld erborget hätte, sie schützen exceptionem solutionis vor, und deferiren darüber dem Kläger den Eyd; so findet dieser Eyd nicht Statt.

Hingegen betraf die Sache seine, des Beklagtens, eigene Handlungen, worüber ihm der Eyd von dem Kläger zugeschoben worden, so sind die zerstörlichen Einreden vergeblich; und also findet auch keine Eydesdelation darüber statt. Denn entweder schwört er den ihm von Klägern darüber zugeschobenen Eyd ab, oder er vermag dieses nicht, sondern muß die vorhero abgeleugneten Punkte einräumen. Im ersten Fall hat er durch den Eyd die Intention des Klägers elidiret, daß dieser solcher Gestalt nicht bewiesen, was er beweisen sollen, und muß deshalb der Beklagte nunmehro von der Klage entbunden werden g). Hat der Beklagte gleich zerstörliche Ausflüchte vorgeschützet, so braucht er selbige unter diesen Umständen doch nicht zu beweisen. Denn die Einreden werden von dem Beklagten, wo nicht unter der ausdrücklichen, doch wenigstens stillschweigenden Bedingung entgegengesetzet, woferne der Kläger den Grund seiner Klage zu erweisen vermöchte h); weil er nur auf den Fall die zerstörlichen Einreden zu seiner Befreiung nöthig hat. In zweitem Falle aber, da Beklagter den über seine eigenen Handlungen ihm zugeschobenen Eyd nicht abzulegen vermag, sondern die abgeleugneten Punkte, um sein Gewissen nicht zu verletzen, einräumen muß, verliehrt er zur Strafe

g) Actore non probante, reus absolvitur. *l.* 4. *C. de edendo.*

h) *l.* 9. *C. et D. de except.* Seyfart in teutschen Reichsproceß *lib.* 1. *cap.* 8. §. 3.

Strafe der Instigation, daß er vorhero wider besser Wissen und Gewissen diese Punkte geleugnet gehabt, die dabey vorgeschützten zerstörlichen Einreden i). Weshalb denn auch die darüber gebrauchte Eydesdelation wegfällt k).

§. 8.

In zweyten Fall hingegen, wenn der Kläger über den abgeleugneten Klagegrund dem Beklagten den Eyd nicht zugeschoben hat (§. 7.), so hat der Beklagte entweder wider besser Wissen und Gewissen den Grund der Klage geleugnet, oder nicht, sondern es ist die Ableugnung um deswillen geschehen, weil er geglaubt der Grund der Klage sey nicht wahr, oder weil er wenigstens an der Wahrheit desselben gezweifelt hat. Ist das erste, so verliehrt er wegen des muthwilligen Leugnens die Einreden l); und also findet auch die Eydesdelation darüber nach keinem Rechte Statt m). Ist aber das zweyte, wie sich dergleichen bey fremden Handlungen, und bey eigenen längst geschehenen Handlungen, die auch bald in Vergessenheit gerathen, leichte zutragen kann; so muß der Richter auf den Beweiß des Grundes der Klage erkennen, und Beklagtem darwider den Gegenbeweiß vorbehalten. Da denn der Beklagte, so wohl nach dem gemeinen als sächsischen Rechte, bey dem Gegenbeweise sich der Eydesdelation bedienen kann n). Denn in diesem Fall, da der Grund der Klage geleugnet worden, kommt es fürnemlich zuerst auf dessen Beweiß an, bevor auf Beklagtens Einreden und der etwa dabey schon gebrauchten Eydesdelation gesehen werden kann o); weil der Beklagte nicht eher zu seinen Gegenbeweiß gelassen wird, bevor nicht erst der Kläger seinen Beweiß vollführet hat p). Wie denn auch der Kläger wenn er dasjenige,

i) *l.* 10. §. 1. *D. de fideiuss.* *Auth. Contra qui propriam C. de non num. pec.* BERGER in *oec. iur. lib.* 4. *tit.* 23. §. 1. *not.* 6. WERNHER *part. I. obs.* 107. SCHAVMBVRG in *princ. prax. iurid. lib.* 1. *sect.* 1. *memb.* 2. *cap.* 5. §. 5. *not.* **. Wie dieses auch in der erneuerten chursächs. Proc. *tit.* 16. §. 3. desgleichen in der Altenburg. Proc. Ordn. *part.* 1. *cap.* 14. §. 4. ausdrücklich verordnet worden.

k) RIVINVS in *enunc. iur. ad tit.* 16. *enunc.* 14.

l) arg. *Auth. Contra qui propriam. C. de non num. pec. l.* 10. §. 1. *D. de fideiuss.*

m) BERGER in *elect. disc. for. tit. XVI. obs.* 2.

n) *l.* 9. *C. de except.* BERGER in *elect. disc. for. tit. XVI. obs.* 2. und in dessen oberwehnten disquisitione, quousque actori cet. §. 16. *seqq.* Add. STRYK *introd. ad prax. for. cap.* 20. §. 4.

o) BARTH in *hodeg. for. cap.* 1. §. 35. *lit.* e).

p) CARPZOV *proc. iur. tit. XI. art. I. num.* 123. *seq.*

jenige, so ihm zu erweisen obgelegen, dargethan, gegen die peremtorischen ihm ins Gewissen geschobenen Einreden mit seinem Gegenbeweiß zu hören ist, und ihm dabey sich der Eydesdelation oder Gewissensvertretung zu bedienen freygelassen werden muß. Im Fall er aber nichts beweisen sollte, so ist leicht zu ermessen, daß es alsdenn keines Gegenbeweißes und also auch der Eydesleistung wegen der peremtorischen Einreden nicht bedarf, gestalten in solchem Fall, da der Kläger nichts beweiset, der Beklagte schon ohnehin von der Klage entbunden wird q).

§. 9.

Werden endlich die zerstörlichen Einreden erst selbst bey der Execution von dem Beklagten vorgeschützet (§. 5), so findet darüber die Eydesdelation nicht Statt r); weil dergleichen Einreden anders nicht zulässig sind, als wenn sie sogleich liquid gemacht und erwiesen werden können. Welches durch Urkunden, Gerichtsacten, offenbare Rechte und durch des Gegentheils erweisliches Geständnuß geschiehet s). Wohin der Eyd, wenn die Landesgesetze dessen Delation nicht ausdrücklich verstatten, nicht zu rechnen ist; sondern es wird in solchem Fall, da diese Einreden einer weitern Ausführung bedürfen, die Execution fortgesetzet, und der Beklagte mit seinen Einreden in die Reconvention verwiesen t). Es thut dahero der Beklagte besser, wenn er diese Einreden der Kriegsbefestigung mit anhänget, und sich darüber den Beweiß mit der Eydesdelation vorbehält.

§. 10.

Erwägen wir hingegen den Executivproceß (§. 1), so kann bey selbigem der Beklagte über seine Einreden dem Kläger, ohne ein besonderes Landesgesetz oder Gewohnheit vor sich haben, weder nach den gemeinen, noch sächsischen Rechten einen Eyd zuschieben. Wie denn auch die besondern Landesgesetze und Gewohnheiten, welche eine Eydesdelation im Executivproceß verstatten, eingeschränkt auszulegen sind, und nicht auf solche Einreden, welche mit dem klaren Innhalt der producirten Urkunde streiten, erstreckt werden dürfen. Welches ich in meinen rechtlichen Entschei-

q) *l. 4. C. de edendo.* WERNHER *par. 4. obs. 47.*

r) Seyfart in teutschen Reichsproceß, *lib. 1. cap. 32. §. 21.*

s) ZANGER *de except. par. 3. cap. 26. num. 61. seqq.*

t) CARPZOV *lib. 2. resp. 2.*

Entscheidungen Num. XXXII nicht nur ausführlich dargethan, sondern auch mit verschiedenen Rechtsfällen und beygefügten Urtheln erläutert habe.

Hiernächst dürfen auch bey solchen, die Eydesdelation in Executivproceß verstattenden, Landesgesetzen, die Einreden nicht erst nach schon ertheilter rechtskräftigen condemnatorischen Sentenz vorgeschützet und darüber der Eyd zugeschoben werden; weil dem Kläger sein bereits erlangtes Recht nicht wiederum zu entziehen ist. Die Ausnahme, so hierwider Platz griffe, wäre, wenn die Einrede erst nach der Zeit von neuen erwachsen u), und selbige nicht so wohl wider den Inhalt des Schuldbriefes selbst liefe, als vielmehr nur die Vollstreckung der rechtskräftigen Sentenz auf gewisse Mase einschränkte. Dergleichen ein nach solcher Sentenz errichteter Vertrag wäre, da der Gläubiger erst nach Verlauf einer gewissen Zeit, oder nach und nach die Bezahlung anzunehmen versprochen hätte x). Als worüber, weil an solchen Orten die Eydesdelation einen klaren Beweiß ausmacht y), auch bey der Hülfsvollstreckung dem Kläger der Eyd zugeschoben werden könnte. Hingegen wenn dergleichen Umstände nicht vorhanden sind, sondern daß sich der Beklagte an den Einreden versäumet hat, oder, daß dieselben dem Innhalte des Schuldbriefes entgegen sind, so finden selbige nebst der darüber gebrauchten Eydesdelation nicht Statt, und der Kläger ist darauf sich einzulassen nicht schuldig. Wie denn auch also nach Hannover in Februar 1776 in Schuldsachen des Facter Dennekens entgegen dem Proviantverwalter Molsen von dem hiesigen Schöppenstuhl gesprochen worden ist.

CI.

Entscheidung des Streites über die Unzuläßigkeit eines Diffeßionseydes bey einem Nichtexecutivproceß.

§. 1.

Der Diffeßionseyd ist ein Eyd, wodurch von dem Schwörenden das Gegentheil in Ansehung desjenigen, was sein Gegner wider ihn vorgebracht hat erhärtet wird. Wegen dieses Eydes entstehet,

u) Calenbergische Hofgerichtsordnung *tit.* 40.

x) Seyfart in teutschen Reichsproceß *cap.* 32. §. 22.

y) PUFENDORF in *proc. part.* 1. *cap.* 4. §. 15. und *part.* 2. *cap.* 5. §. 16.

stehet, sowohl bey einem Executiv- als Nichtexecutivproceß über die Frage: ob derjenige, welcher selbigen abzuleisten sich anerbiethet, hierzu wider Willen seines Gegners, der sich, zu Verhütung eines falschen Eydes (pro vitando periurio), eines andern Beweißmittels bedienen will, den Rechten nach zuzulassen sey? in den Gerichten nicht selten ein hartnäckiger Streit. Welcher nicht nur selbst bey der in Klage gebrachten Sache und denen darwider vorgeschützten Einreden, sondern auch bey denen deshalb vorgebrachten Urkunden, sowohl auf Seiten des Klägers, als Beklagtens, sich zu ereugnen pfleget. Ich sage, auf Seiten sowohl des Klägers als des Beklagtens, weil unter den Parteyen eine Gleichheit beobachtet z), und dasjenige, was dem Kläger zur Behauptung seiner Rechte vergönnet wird, auch dem Beklagten zu Vertheidigung seiner Rechte verstattet werden muß a). Folgbar wenn der Kläger, den Beklagten nicht zum Diffeßionseyde zu lassen, das Recht hat, auch dieser jenen, unter gleichen Umständen, davon abzutreiben befugt ist b).

§. 2.

In einem Nichtexecutivproceß kommt dieser Streit nicht nur bey der in Klage gebrachten Sache und denen darwider vorgeschützten Einreden, sondern auch bey den producirten Urkunden zum Vorschein. Bey der Klagsache und Einreden geschiehet es alsdenn, wenn der Kläger dem Beklagten über die Klage, oder der Beklagte dem Kläger über die Einreden den Eyd zugeschoben und eines jeden sein Gegner diesen Eyd bereits angenommen hat. Bey den Urkunden aber wird die gedachte Frage strittig, wenn der Kläger bey seinem Beweise, oder der Beklagte bey seinem Gegenbeweiße sich gewisser Urkunden bedienet hat, die aber sein Gegner dafür, wofür sie ausgegeben worden, nicht anerkennen will, sondern selbige eydlich zu diffitiren sich anerbiethet.

§. 3.

Betrachten wir nun die obige Frage (§. 1) bey einem Nichtexecutivproceß in dem Fall, da jemand den ihm zugeschobenen Eyd angenommen hat (§. 2), nach dem römischen Rechte, so ist nicht zu leugnen, daß,

z) *l. 12. §. 4. C. de proxim. sacr. scrin.* num. 12.

a) *l. 41. pr. D. de reg. iur. c. 32. de reg. iur. in 6to.* GAIL *lib. 1. obs.* 31.

b) MARTINI in *comment. for. ad tit.* 18. §. 2. *num.* 33.

daß, wenn jemand dem Andern über eine Sache den Eyd zuschiebet, er hiedurch die Entscheidung derselben seinem Gewissen überläst, und aus des Andern unverzüglichen Acceptation des Eydes ein Vertrag entstehet. Allein dieser Vertrag hat nach dem römischen Rechte, so lange der Eyd noch nicht abgeleget, oder darauf rechtskräftig erkannt worden, keine vollkommen verbindliche Kraft. Er ist ein pactum nudum. Dahero er denn auch, nach diesem Rechte, so lange keins von diesen beyden ebengedachten Stücken geschehen, ohne alle Ursache widerrufen werden, und der Deferent, Statt des zugeschobenen Eydes, anderer Beweißmittel sich bedienen kann c). Nun bringt zwar nach dem teutschen Rechte ein jeder Vertrag eine vollkommene Verbindlichkeit hervor, und daß also kein Theil wider Willen des andern von selbigem ohne erhebliche Ursache einseitig abgehen kann; allein diese erhebliche Ursache entstehet, wenn sich nach dem Vertrage solche Umstände ereugnen, daß wenn man solche hätte vorhero wissen können und sollen, man den Vertrag nicht eingegangen haben würde. Denn ein jeder Vertrag ist nach der Absicht der Paciscenten, so sie bey selbigem gehabt haben, auszulegen. Wohin der Wille der Paciscenten nicht gegangen, dahin darf auch die Verbindlichkeit nicht erstreckt werden. Wenden wir dieses nun auf einen zugeschobenen Eyd an, so ist leichte zu ermessen, daß die Eydeszuschiebung um deswillen geschiehet, weil man entweder keine andere Beweißmittel in Händen hat, oder weil man dadurch die Sache am kürzesten zu endigen gedenket, indem man nicht vermuthet, daß der Andere so gewissenlos seyn und einen falschen Eyd ablegen werde. Geschiehet es dahero in der Folge, daß man neue Beweißthümer überkommet, von welchen man vorhero keine Nachricht gehabt, oder thun sich solche Umstände hervor, bey welchen sich glauben läst, daß, Falls der Acceptant den angenommenen Eyd abschwüre, derselbe einen Meineyd begehen werde, so darf ihm nicht die Ablegung des Eydes gestattet werden, sondern es ist der Deferent zu den neuen Beweißthümern d), oder zur Ausführung der Umstände, wodurch er, daß der Andere falsch schwören werde, deutlich zu erweisen sich erkläret e), billig zuzulassen, obgleich auch schon eine Sentenz, wodurch auf die Ableistung

c) *l.* 11. *C. de reb. cred.*

d) MEVIUS *part.* 2. *decis.* 93. *num.* 5. MARTINI *ad ord. proc. Sax. tit.* 18. §. 2. *num.* 17. LUDOVICI in Civilproceß *lib.* 1. *cap.* 19. §. 5. WERNHER *part.* 10. *obs.* 394.

e) MEVIUS *part.* 2. *decis.* 93. *num.* 6. WERNHER *part.* 8. *obs.* 377.

des Eydes rechtskräftig erkannt worden, vorhanden seyn sollte f). Genug, daß das Vorgeben des Deferentens in keinem blossen ohne Anzeigen unterstützten Verdacht eines Meineydes bestehet, daß er nur unter dem Vorwande eines zu befürchtenden Meineydes den Eyd zurückzunehmen, und hiedurch einen andern Weg des Beweißes zu erwählen gedenket g), und überdem seinem Gegner die Unkosten erstattet, welche er durch Veränderung des Beweißes demselben verursachet h). Denn da gereicht solches dem, der da schwören wollen, zu keinem Schaden, sondern er erhält zugleich, wie unten §. 7 zu befinden, den Vortheil, daß, wenn nichts erwiesen wird, er hernach nicht einmal zu schwören braucht, und der Richter verhütet dadurch, seiner Obliegenheit gemäß i), einen Meineyd, daß der Nahme Gottes nicht gemißbrauchet, und der Schwörende sich nicht durch einen falschen Eyd den Verlust seines zeitlichen und ewigen Wohls zu Wege bringet. Gegen welchen Schaden die Beschwerde, daß durch den veränderten Beweiß der Proceß in etwas aufgehalten wird, in gar keine Betrachtung kommt.

§. 4.

Gleicher Gestalt kann auch, wegen dieser bey einem zugeschobenen Eyde (iuramento delato) allernächst zuvor ausgeführten Gründe, ein zurück geschobener Eyd (iuramentum relatum) von dem Eydesreferenten durch Anerbiethung eines Beweises, daß sein Gegner, wenn er zur Ableistung des zurückgeschobenen Eydes gelassen würde, einen Meineyd begienge, hintertrieben werden. Denn ob dieses gleich, der Regul nach, nicht zu gestatten k), indem der Eydesreferent diese Sache zum Voraus wohl überlegen, und, Falls er es nicht auf das Gewissen des Deferentens ankommen zu lassen gemeinet gewesen, den von diesem ihm zugeschobenen Eyd entweder hätte annehmen und selbst ablegen, oder sein Gewissen mit Beweiß vertreten sollen; so können doch erst nach der Eydesrelation sich solche

f) ANT. FABER *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 22. BERLICH *part.* 1. *concl.* 32. *num.* 6. CARPZOV *part.* 1. *const.* 12. *def.* 4. *num.* 5. LYNCKER *decis.* 1. WERNHER *part.* 8. *obs.* 416. LEYSER *spec.* 138. *med.* 1. 2. Seyfart in teutschen Reichsproc. *lib.* 1. *cap.* 15. §. 22. SCHAVMBVRG in *princ. prax. iurid. lib.* 1. *sect.* 1. *membr.* 3. *cap.* 5. §. 11.

g) WERNHER *part.* 8. *obs.* 377. SCHAVMBVRG a. a. O. Not. **).

h) BERGER in *elect. disc. for. supplem. part.* 2. *tit.* 18. §. 3. Knorre in gerichtl. Proc. *lib.* 1. *cap.* 13. §. 10. und Seyfart a. a. O.

i) CASP. ACHAT. BECKII diss. *de periurii occasione praescindenda.* Ien. 1711.

k) BERLICH *part.* 1. *concl.* 32. *num.* 8.

solche Umstände veroffenbaren, weshalb sein Gegner zu Verhütung eines Meineydes nicht zur Ableistung des zurückgeschobenen Eydes zu lassen ist l).

§. 5.

Ebenermassen kommt nun auch bey einem Nichtexecutivproceß die obige Frage in dem Fall, da ein Theil wider den Andern gewisse Urkunden vorbringet (§. 2), zur Beurtheilung vor. Da nämlich der Kläger bey seinem Beweise, oder der Beklagte bey seinem Gegenbeweise, gewisse Privaturkunden produciret, und von seinem Gegner deren Recognition verlanget. Hierbey geschiehet es nun zuweilen, daß der Product unter dem Vorwande, wie er das Document weder geschrieben, noch unterschrieben, auch solches mit seinem Wissen und Willen durch einen andern weder schreiben noch unterschreiben lassen, oder daß er die Hand nicht kenne, die Recognition verweigert. Nun kann es zwar seyn, daß das Document, weil es in der Welt nicht an gewinnsüchtigen Absichten fehlet, wodurch man seinen Nächsten zu bevortheilen suchet, nicht richtig ist, allein aus eben der Ursache kann es sich auch zutragen, daß der Product gewissenloser Weise das Document eydlich zu diffitiren sich anerbiethet. Dahero obgleich sonst ein Product, der Regul nach, durch die eydliche Diffeßion von der Anerkennung der wider ihn producirten Urkunde sich befreyen kann m), wird doch auch dem Producenten, zur Verhütung eines falschen Eydes, verstattet, die Richtigkeit der Urkunde durch eine Vergleichung der Buchstaben in der Urkunde gegen andere Schriften (comparatio litterarum), oder mittelst einer Recognition durch Zeugen darzuthun n).

§. 6.

Hat nun einer von den streitenden Theilen einen Beweiß zu Verhüthung des Diffeßionseydes übernommen (§. 5), so hat er selbigen entweder völlig hinausgeführet, oder nicht. Im ersten Fall wird seinem Gegner, welcher den Diffeßionseyd ablegen wollen, dieser Eyd aberkannt, und nach demjenigen, was wider ihn bewiesen worden, gesprochen. Zum Exempel:

l) LAUTERBACH in diss. *de relatione iurisiurandi*, *th.* 102. MARTINI in *comment. for. ad tit.* 18. §. 2. *num.* 33.

m) arg. *cap.* 3. *X. de fideiuss.* Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 35. 39.

n) *l.* 16. *pr. C. de fide instrum.* SCHAUMBURG in *princ. prax. iur. lib.* I. *sect.* I. *memb.* 3. *cap.* 3. §. 25. *seq.*

> Daß Kläger dasjenige, so ihm zu beweisen nachgelassen und er sich angemaset, wie recht erwiesen. Derowegen Beklagter nunmehro zur Ableistung des *fol.* — befindlichen Haupteydes nicht zuzulassen, sondern es ist Kläger das Wasser von sothaner Rinne auf seinem Hintergebäude durch des Beklagtens Hof ungehindert zu leiten, wohl befugt.

Oder bey Urkunden, wenn er diese eydlich diffitiren wollen, werden selbige alsdenn für anerkannt an und aufgenommen o). Er kann auch nach Befinden mit 10, 20 und mehr Thalern in Strafe genommen werden p), wofern er nicht, daß, als er zur eydlichen Diffeßion sich anerbothen, er die Sache, z. E. die Urkunde, vor unrichtig gehalten, und solcher Gestalt hierunter keine Gefährde gebraucht habe, mittelst Eydes erhalten kann.

§. 7.

Im zweyten Fall aber, da nämlich der Beweiß zu Verhütung des Diffeßionseydes nicht völlig hinausgeführet worden (§. 6), hat man wahrzunehmen, ob der Beweißführer entweder gar nichts, oder etwas und zwar unter, oder über die Hälfte bewiesen. Hätte er gar nichts bewiesen, so kann er, woferne die Landesgesetze nicht ein anderes ordnen q), nunmehro, weil er seinen Gegner nicht zum Diffeßionseyd lassen wollen, die Ablegung desselben von ihm nicht annoch fordern, sondern dieser Eyd wird für geleistet geachtet, und man spricht darnach vor seinem Gegner r). Z. E.

> Daß Kläger dasjenige, so ihm zu beweisen nachgelassen und er sich angemaset, wie Recht nicht erwiesen. Derowegen der von ihm dem Beklagten über seine Klage zugeschobene Eyd nunmehro für geleistet zu achten, und wird Beklagter von der wider ihn erhobenen Klage hiermit entbunden und losgezählet.

§. 8.

o) Wie dieses auch enthalten in der erneuerten chursächs. Proceßordn. *ad tit.* 25. §. 5. und in der Altenburg. Proc. Ordn. *part.* 1. *cap.* 25. §. 8.

p) *l.* 16. *C. de fide instrum.* Siehe auch Altenb. Proc. Ordn. *part.* 1. *cap.* 25. §. 7. 8.

q) Als in der neuen Magdeburgischen Proc. Ordn. *cap.* 29. §. 2.

r) MEVIUS *part.* 3. *decis.* 201. MARTINI in *comm. for. tit.* 18. §. 2. *num.* 34. RIVINUS *tit.* 18. *enunc.* 28. Seyfart in teutschen Reichsproceß *lib.* 1. *cap.* 15. §. 22.

§. 8.

Hätte er nur unter die Hälfte bewiesen (§. 7) so muß sein Gegner noch den Diffessionseyd ablegen. Denn da ist dieser Eyd gleichsam noch als ein Reinigungseyd anzusehen s).

§. 9.

Hat er hingegen wenigstens über die Hälfte bewiesen (§. 7), so muß er zum Erfüllungseyde gelassen t), und wider seinen Gegner mit Aberkenntung des Diffessionseydes gesprochen werden. Dahero geschiehet es auch, daß, wenn über die Richtigkeit eines Documents gestritten worden, und der Kläger selbige in Kraft eines Erfüllungseydes bereits ausser Zweifel gesetzet hat, der Beklagte alsdenn ebenfalls nicht mehr zur eydlichen Diffession des Documents gelassen wird u). So wie auch im Gegentheil kein Producent die Urkunde, so auf sein Verlangen von den Producten eydlich bestärket worden ist, hernach eydlich diffitiren kann x).

Rechtsfall.

Ein Bauer klagt wider seine Nachbarin, und behauptet das Recht zu haben, daß sie den Ausfluß seiner Rinne durch ihren Hof leiden müsse. Er führt zum Grunde an, weil dieser Ausfluß seit 20, 30 und mehr Jahren durch ihren Hof gegangen wäre. Worüber er ihr nun auch den Eyd in der Klage zuschiebet.

Es wird auf diesen Eyd erkannt, woferne sie nicht ihr Gewissen mit Beweiß vertreten wollte.

Sie übernimmt diese Gewissensvertretung. Allein, weil sie damit nichts erweiset, so erhält sie den Bescheid, daß sie den ihr disfalls zuerkannten Eyd annoch zu schwören schuldig y).

Sie

s) Siehe BERGER in *oec. iur. lib.* 4. *tit.* 24. *th. XIV. Num. II.* 16. SCHAUMBURG in *princ. prax. lib.* 1. *sect.* 1. *memb.* 3. *cap.* 3. §. 28.

t) *Nov.* 73. *cap.* 7. WERNHER in *ennunc. fori hod. part.* 1. *ennunc.* 165. Erneuerte chursächs. Proc. Ordn. *ad tit.* 25. §. 5. Altenb. Proc. Ordn. *part.* 1. *cap.* 25. §. 8.

u) BROKES in *sel. obs. for. obs.* 56.

x) ENGAU in *decis. part.* 1. *decis.* 440. *num.* 1.

y) Alte chursächs. Proc. Ordn. *tit.* 19. §. 2. CARPZOV in *proc. tit.* 11. *art.* 5. *num.* 34. Knorre in gerichtl. Proc. *lib.* 1. *cap.* 13. §. 28.

Sie erbiethet sich zur Ableistung dieses Eydes. Kläger will sie aber zu selbiger nicht lassen, sondern erbiethet sich zum Beweiß pro vitando periurio. Er führt verschiedene Umstände an, welche die Beklagte wegen eines zu beschehenden Meineydes verdächtig machen (§. 3). Nämlich er stellt vor, die Beklagte wollte zugleich den Eyd mit dahin ablegen, daß er an seinem Hintergebäude die Rinne nicht so, wie sie zuvor gelegen, wieder angeleget hätte. Gleichwohl enthielte das Attestat des Zimmermanns, daß die Rinne auf das alte Lager eben so, wie die vorige gelegen, wieder untergezogen worden wäre. Sollte nun der Zimmermann, wie er hofte, dieses Attestat bey dem künftig von ihm, dem Kläger, zu führenden Beweise eydlich bestärken, so würde die Sache hierdurch in ein helleres Licht gesetzet werden. Hierzu käme, daß die Beklagte auch eydlich erhalten wollte, daß der Ausfluß dieser Rinne seit 20, 30 und noch mehr Jahren durch ihren Hof nicht gegangen. Gleichwohl hätte sie in den Acten bereits selbst zugestanden, daß sein, des Klägers, Gebäude über mehr denn 30 bis 40 Jahren die Dachung, Rinne und Trause auf die nämliche Art, wie es jetzo noch sey, gehabt habe. Folgbar sey es bey diesen Umständen höchst bedenklich, seiner Gegnerin die Ableistung des zuerkannten Eydes zugestatten. Er müsse vielmehr bey dieser der Sache Beschaffenheit zur Führung eines Beweises pro vitando periurio zugelassen werden.

Es wurde auch in einem Hallischen Urthel folgender masen erkannt:

Daß Kläger mit dem Beweiß *pro vitando periurio* binnen sächsischer Frist annoch billig zuzulassen, ferner darauf zu beschehen was recht ist. Es ist aber Kläger die durch die Veränderung des Beweises Beklagtin verursachten Unkosten, nach deren Ansetzung und richterlicher Mäsigung, derselben zu erstatten, so wohl die gegenwärtigen Verschickungskosten und Urthelsgebühren alleine zu tragen schuldig. Von Rechts wegen.

Kläger trat hierauf seinen Beweiß an, und führte ihn auch bis zum Erfüllungseyde hinaus. Dahero ertheilte der hiesige Schöppenstuhl im November 1773 nach J** folgendes

Urthel.

Auf erhobene Klage, erfolgte Antwort, geführten Beweiß, auch fernere Sätze, Hannß Caspar B**, zu L**, Klägers an einem, Actorn Vormunds

Vormunds Marien F**, daselbst, Beklagtens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. A. in II St. n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. s. w. v. R.

Würde Kläger, wie er nicht anders wisse, auch glaube und dafür halte, als daß der in Streit gebrachte Rinnenausfluß seit 20, 30 und mehrern Jahren von dem Hintergebäude seines Wohnhauses hinten hinaus in der Beklagtin Hof und nicht in die vordere Rinne nach der Gasse zu gegangen, vermittelst Eydes erhalten, und also zur Erfüllung schwören: so hat er dasjenige, so ihm zu beweisen nachgelassen und er sich angemaset, zur Nothdurft erwiesen. Derowegen Beklagtin nunmehro zur Ableistung des *fol. 151b Vol. act. I.* befindlichen Haupteydes nicht zuzulassen, sondern es ist Kläger das Wasser von sothaner Rinne auf seinem Hintergebäude durch der Beklagtin Hof ungehindert zu leiten, wohl befugt, und werden die Unkosten des Processes, ausser denjenigen, worüber bereits rechtskräftig erkannt worden, hiermit billig gegen einander verglichen und aufgehoben. Von Rechts wegen.

CII.

Entscheidung des Streites über die Unzuläßigkeit eines Diffessionseydes bey einem Executiv- oder Wechselproceß.

§. 1.

Bey einem Executiv- wie auch Wechselprocesse kommt die in dem §. 1. der nächstvorhergehenden Betrachtung bestimmte Frage, nur alsdenn vor, wenn der Beklagte die Urkunde oder den Wechselbrief, womit der Kläger seine Executiv- oder Wechselklage wider ihn begründet hat, eydlich zu diffitiren sich anerbiethet, oder, wenn auch der Kläger in Ansehung der Urkunde, welche der Beklagte wider ihn zu alsbaldiger Entkräftung und Aufhebung der Klage vorbringet, zur eydlichen Diffession gelassen werden will. Beyde verlangen solches, weil was dem einen recht, dem andern billig z). Nach den Gründen des §. 1 der vorhergehenden Betrachtung.

§. 2.

z) WERNHER *tom. I. part. I. obs. 104. num. 7.*

§. 2.

Was nun die Sache selbst anlanget, so sind die Rechtslehrer darüber, ob der Producent bey einem Executiv- oder Wechselproceß die eydliche Diffession seines Gegners dadurch abwenden könne, daß er das Document durch Zeugen recognosciren, oder durch eine Vergleichung der Schriften (comparationem litterarum) berichtigen wolle, nicht einig. Viele a) sind der Meinung, daß dieses nicht geschehen könne, weil sonst aus dem Executivproceß ein ordinärer Proceß entstehen würde, und auch dem Producten gegen den Diffessionseyd bey dem Executiv- oder Wechselproceß sein Gewissen mit Beweiß zu vertreten verstattet werden müßte. Welches aber ganz und gar der Natur dieser Processe zuwider wäre, indem selbige schleunig ohne grossen Auffenthalt beendiget werden müßten. Welches bey Verstattung jener Mittel, wodurch man den Diffessionseyd abzuwenden gedächte, nicht geschehen könnte.

§. 3.

Allein erstlich ist es nicht andem, daß durch die vorzunehmende Recognition durch Zeugen, oder durch die Vergleichung der Schriften der Executiv- oder Wechselproceß in einen ordinären Proceß verwandelt wird. Denn durch die Recognition der Zeugen geschiehet weiter nichts, als daß der Producent Beweißartikel dahin abfasset, daß sie, die Zeugen, gesehen, daß Product das strittige producirte Document selbst geschrieben oder unterschrieben, oder daß ein anderer solches mit Producentens Wissen und Willen geschrieben oder unterschrieben habe, oder auch daß sie die Zeugen, von Producten selbst gehöret, daß er sich zu solchem Document bekannt habe. Worüber Producent die benannten Zeugen eydlich abzuhören bittet. Als wozu der Richter einen Termin anberaumet und dem Producten, dabey zulässige Fragstücke zu übergeben, verstattet b). Sodann bey der Vergleichung der Schriften bringt der Producent eine oder

a) Als bey einem Executivproceß LUDOVICI in Civilproceß *cap. III.* §. 23. SVENDENDOERFER in *proc. Fibig. cap.* 2. *sect.* 16. *num.* 362. S. 690. BOENIGK in *practica practicata cap.* 33. S. 133. RIVINUS *tit* 25. *enunc.* 31. HAYM de *stylo curiae, lib. XI. tit. II.* §. *XVII.* WERNHER *tom. I. part.* 1. *obs.* 104. und *part.* 3. *obs.* 98. BERGER in *elect. proc. exec. th.* 26. Knorre in gerichtl. Proceß, 3 B. 2 Cap. §. 17. SCHAUMBURG in *princ. prax. iur. lib.* 2. *cap.* 2. §. 12. Bey einem Wechselproceß RAMBURGER von Wechsel und Commerciensachen, *cap.* 26. §. 26. S. 818. FRANCK in *instit. iur. camb. lib.* 2. *sect.* 7. *tit.* 11. §. 17. l'ESTOCQ im Wechselrechte *cap. VII.* §. *XI.*

b) SCHAUMBURG in *princ. prax. iurid. lib.* 1. *sect.* 1. *memb.* 3. *cap.* 3. §. 25. mit der Note **** und §. 27.

oder mehrere Schriften vor, welche unleugbar von des Productens Hand sind, und läßt selbige von vereydeten Schreibeverständigen, wobey dem Producten, einen oder mehrere selbst mit in Vorschlag zu bringen, unbenommen ist, mit dem strittigen producirten Documente vergleichen, und ihnen darüber, ob sie gewiß glaubten und dafürhielten, daß die Documente mit einander von einerley Hand geschrieben, oder unterschrieben worden wären, ihr Gutachten absordern. Ist nun eins von diesen beyden Mitteln geschehen, und daß beyde Theile darüber kürzlich verfahren, so wird darüber gesprochen, und das producirte Document entweder schlechthin, oder nach vorgängigen des Producentens Erfüllungseyd, für anerkannt erkläret, oder es wird Product zum Reinigungseyde mittelst des noch abzulegenden Diffessionseydes gelassen. Das erste geschiehet, wenn der Producent die Recognition zweyer vollgültigen Zeugen vor sich hat. Das zweyte, wenn ihm die Recognition eines vollgültigen Zeugens und sonst eine gute Vermuthung, oder das Gutachten sämmtlicher Schreibeverständigen, welche mit einander bey der Comparation der Schriften eine völlige Gleichheit gefunden, zu statten kommt. Das dritte aber, wenn die Zeugen nicht vollgültig, oder bey ihrer Aussage wankend sind, oder die Schreibeverständigen in ihren Gutachten nicht mit einander völlig übereinkommen. Bey welchem letztern Fall der Producent um so weniger zum Erfüllungseyde zu lassen, weil es neuerer Zeiten nicht an Leuten fehlet, welche anderer Leute Hände sehr genau nachschreiben können, und es dahero leichte möglich ist, daß bey Unterschriften eine Fälscherey geschehen kann c).

§. 4.

Dieses sind die Umstände insgesammt, welche bey der Recognition durch Zeugen oder Vergleichung der Schriften vorkommen, ohne daß dabey dem Producten ein besonderer Gegenbeweiß zu verstatten. Es sind zwar einige, welche vermeinen, daß der Product hierbey zum Gegenbeweise gelassen werden müsse d), weil davon in den gemeinen Rechten kein verbiethendes Gesetz vorhanden sey, und der Gegenbeweiß dem Producten zur

c) SCHAUMBURG in *princ. prax. iurid. lib.* 1. *sect.* 1. *memb.* 3. §. 26. und 28. Seyfart in teutschen Reichsproceß, *lib.* 1. *cap.* 14. §. 17. STRYK in *caut. iuram. part.* 3. *sect.* 3. *cap.* 5. *num.* 238. *seq.* Seyfart in teutschen Reichsproceß *lib.* 1. *cap.* 14. §. 17. Not. b). Knorre in gerichtl. Proc. *lib.* 1. *cap.* 12. §. 24.

d) SVENDENDOERFER in *proc. Fibig. cap.* 2. *sect.* 16. *num.* 365. Seite 692.

zur Vertheidigung dienete. Allein ich bin der Meinung, daß hier der Gegenbeweiß allerdings den Rechten zuwider, und dem Producten schon ohne selbigem bey sothaner Recognition und Comparation eine genügliche Vertheidigung verstattet werde. Meine Gründe sind diese. Bey der hier in Streit kommenden eydlichen Diffeßion eines producirten Documents wird nicht über den Innhalt des Documents, sondern blos über die Richtigkeit der Hand und des unter dem Documente etwa befindlichen Siegels gestritten e). Dahero dürfen auch bey der Recognition durch Zeugen die Artickel nicht auf die merita und contenta instrumenti, sondern nur auf die äuserliche die Hand und Siegel betreffende Form der Urkunde gerichtet werden f). Es betrift also diese Sache nur einen Nebenpunkt, welchen der Producent, wegen der von dem Producten verweigerten Recognition, zu berichtigen veranlasset wird g). Wobey der Product schon dadurch, daß ihm wider der Zeugen Personen und Aussagen sowohl generelle, als specielle Fragstücke zu übergeben, und bey den Schreibemeistern auch seiner Seits welche mit in Vorschlag zu bringen, hernach aber bey dem Verfahren seine Gegengründe herauszusetzen (§. 3), mit seiner rechtlichen Nothdurft schon sattsam gehöret wird. Folgbar, weil er hierbey schon alles, was er zu seiner Vertheidigung bedarf, vorzubringen Gelegenheit hat, ein besonderer Gegenbeweiß unnöthig, und ihm dahero selbiger zum vergeblichen Auffenthalt des Processes nicht zu gestatten ist.

§. 5.

Allein, man wird sprechen, bestehet dieses nicht in vielen Weitläuftigkeiten, welche der bey einem Executiv- und Wechselproceß zum Endzweck habenden geschwinden Endschaft der Sache zuwider sind? Ich antworte, Nein, es sind nicht viele Weitläuftigkeiten, sondern nur etliche wenige Handlungen (§. 3), und zwar solche, welche diese Proceßarten in keinen ordinären Proceß verwandeln, sondern nur in ihrem Fortgange etwas aufhalten, nach deren Berichtigung aber selbige in ihrem Laufe weiter nicht hindern. So wie auch bey der von dem Beklagten in dem Executivproceß vorgeschützten Einrede der mangelnden Legitimation h), inglei-chen,

e) Seyfart in teutschen Reichsproc. *lib.* 1. *cap.* 14. §. 15. am Ende.

f) Knorre in gerichtl. Proc. *lib.* 1. *cap.* 12. §. 25. Not. a). Alte chursf. Proc. Ordn. *tit.* 25. §. 4.

g) HAYM de *stylo curiae lib.* 5. *tit.* 16. §. 1.

h) BERGER in *elect. disc. for. tit.* 5. *obs.* 2. *not.* 1. WERNHER *part.* 6. *obs.* 375.

chen, des nicht erfüllten Contracts i), der Kläger zum Beweiß der Legitimation, oder der geschehenen Erfüllung des Contracts zugelassen, und der Executivproceß nur einstweilen bis zu dessen Endschaft ausgeschoben, nachhero aber weiter vollführet wird. So ist ja auch zweytens, sowohl der Executiv, als Wechselproceß lediglich zum Vortheil des Klägers, welcher aus Vorsicht über sein Recht ein klares Instrument von seinem Schuldner sich ausstellen lassen, eingeführet worden k). Folgbar kann er sich auch dessen so weit begeben, als er selbst darzu durch die verweigerte Recognition des Beklagtens veranlasset wird l). Zumal da dieser auch von dem Auffenthalt keinen Schaden, sondern vielmehr den Vortheil hat, daß er noch nicht so gleich condemniret werden kann. Hingegen so kann dem Beklagten aus eben den Grunde, weil blos dem Kläger zum Besten sothane Proceßarten eingeführet sind, gegen die wider ihn etwa erkannte eydliche Diffession die Gewissensvertretung (§. 2) zum Nachtheil des Klägers, ihm dadurch die mit solchen Processen verknüpfte geschwinde Hülfe des Richters zu entziehen, keinesweges verstattet werden m). Er mag seine illiquiden Einreden in der Reconvention ausmachen; als wohin er damit zu verweisen ist.

§. 6.

Hierzu kommt drittens, daß der Diffessionseyd bey den Urkunden nicht unter die freywilligen Eyde, die ein Theil dem andern zuschiebet, gehöret, sondern den der Richter dem Producten, welcher sich der Recognition weigert, nur wegen des bey der producirten Privaturkunde mangelnden völligen Beweises auferleget, indem dergleichen Urkunde zwar, gleich andern mit keinem sichtbaren Fehler behafteten Schriften, eine Vermuthung der Richtigkeit vor sich hat n), diese Vermuthung aber ohne des Productens Recognition keinen völligen Beweiß ausmachet, sondern den Producten nur bis zum Reinigungseyde beschweret. Dahero denn auch der Diffessionseyd mit unter die so genannten legalen Eyde, besonders un-

375. 388. und *part.* 10. *obs.* 298. ingleichen *tom. III. part.* 1. *obs.* 207.

i) BOEHMER *de action. sect.* 2. *cap.* 8. §. 10. Not. i). WERNHER *part.* 1. *obs.* 149. *cum supplem.* BERGER in *elect. proc. exec.* §. 29.

k) LEYSER *spec.* 276. *med.* 4. im Anfange.

l) *l. pen. C. de pact.*

m) MARTINI in *comm. for. ad tit.* 25. §. 4. *num.* 11. 12. 13. LEYSER *spec.* 276. *cor.* 1.

n) §. 12. 17. *I. de inutil. stipul. l.* 14. *C. de contract. stipul.*

ter die Reinigungseyde gerechnet wird o). Bey welchen legalen Eyden, so gar wenn sie auch schon bereits abgeleget worden, die Sache zu retractiren, die Gesetze ausdrücklich verstatten p). Derowegen um so vielmehr dem Producenten, einen Diffessionseyd, den er zumal aus Vorsicht bey seiner Executiv- oder Wechselklage nicht verlanget, sondern blos die Recognition des Documents gefordert hat, alsdenn, wenn selbiger noch nicht würklich abgeleget worden, durch obige rechtsdienliche Mittel auch bey dem Executiv- oder Wechselproceß abzuwenden, billig die Freyheit gelassen werden muß.

§. 7.

Es ist dieses um so unbedenklicher, wenn der Producent mittelst einer Recognition durch Zeugen (§. 3.) die Ablegung des Diffessionseydes verhindern will, masen alsdenn viertens, zu Verhütung eines offenbaren Meineydes, die eydliche Diffession dem Producten nicht gestattet werden mag. Denn, daß die Gegner meinen, der Product sey bey dem Executiv- oder Wechselprocesse zum Diffessionseyde zu lassen, und dieser Eyd könnte auch nicht einmal mittelst einer Recognition durch Zeugen abgelehnet werden, sondern der Producent müsse nachhero den geleisteten Diffessionseyd in einem deshalb besonders anzustellenden ordentlichen Proceße retractiren q); dieses heist eben so viel, als man lasse den Producten erst falsch schwören, und wenn dieses geschehen ist, so überführe man ihn, daß er falsch geschworen hat. Kann wohl eine der Ehre Gottes und selbst der Wohlfarth der Menschen so nachtheilige Meinung ein Recht abgeben? Der gute Wernher r) der sich selbst aus dieser Meinung ein Gewissen macht, giebt dem Richter den Rath, den Producten, welcher des Meineydes verdächtig ist, und gleichwohl auf seinen Sinn, den Diffessionseyd abzulegen, beharret, nicht zu diesen Eyde zu lassen, sondern die eydliche Diffession in Ansehung des Executivprocesses für geschehen anzunehmen, und den Producenten in den ordinären Proceß zu verweisen. Allein wozu dienen diese Umschweife? Ist es an dem, wie noch niemand geleugnet hat, daß der Executiv- und Wechselproceß lediglich zu des Klägers Be-

sten

o) SCHAUMBURG in *princ. prax. iurid. lib.* I. *sect.* I. *memb.* 3. *cap.* 3. §. 23. *not.* *).

p) *l.* 31. *D. de iureiur.*

q) MEVIUS *part.* 3. *decis.* 172. und *part.* 6. *decis.* 278. LUDOVICI in Civilproc. Cap. 3. §. 24. l'ESTOCQ in Wechselrechte, Cap. *VII.* §. *XI.*

r) in *sel. obs. for. tom.* I. *part.* I. *obs.* 104. *num.* 10. II.

sten eingeführet worden (§. 5), so darf ihn derselbe auch nicht zu seiner Beschwerde entzogen, und dasjenige, was er dabey kürzer ausführen kann, in den ordinären Proceß mit grösserer Weitläuftigkeit und Unkosten zu bewerkstelligen aufgebürdet werden s). Dahero denn auch der gedachte Wernher am Ende seiner angezogenen Observation und dem darhinter befindlichen Supplement selbst zu erkennnen giebet, daß der Richter, zu Verhütung des Meineydes, auch bey einem Executiv- und Wechselproceß die Recognition durch Zeugen, auch, nach Beschaffenheit der Umstände, die Vergleichung der Schriften zulassen, und solchergestalt etwas von dem ordentlichen Proceße zugleich in jene Proceßarten mit einweben, und auf die Art die Sache endigen könne. Gleicher Meinung ist auch neuerer Zeiten Berger t). Wie denn ebenfalls der Jenaische Schöppenstuhl sowohl bey einem Executiv- als Wechselproceß nicht nur die Recognition durch Zeugen, sondern auch, nach Beschaffenheit der Umstände, eine Vergleichung der Schriften (§. 3), zu Abwendung des Diffessionseydes, für zuläßig hält u).

§. 8.

Indessen weil es sich zutragen kann, daß der Kläger, nach angestellter Executiv oder Wechselklage, die eydliche Diffession, wozu sich der Beklagte anerbiethet, mittelst einer Recognition durch Zeugen, oder durch eine Vergleichung der Schriften abzuwenden, nicht die gehörigen Mittel in Händen hat, oder, darüber mit dem Beklagten sich in einen Streit einzulassen, für bedenklich hält; so thut er am besten, wenn er, zu Verhüthung der eydlichen Diffeßion, die Executiv oder Wechselklage, mit Erstattung der dem Beklagten verursachten Unkosten, fallen läßt, und eine neue Klage zur Einlassung und Antwort des Beklagtens übergiebet x). Dahero

s) *l. 19. in fin. C. de fide instrum.* Woselbst IVSTINIANVS sehr billig verordnet hat: *cum hoc, quod pro quibusdam introductum est, inferre eis iacturam minime rationi conueniat aequitatis.*

t) in *elect. proc. exec.* §. 26. und dem am Ende Seite 78 beygefügten programmate; ingleichen in *oec. iur. lib. 4. tit. 24.* §. 14. Num. *II.* 16). Da in einer Wechselsache, nach vorgängiger comparatione litterarum, gesprochen worden: daß Beklagter zur eydlichen Diffession derer producirten Wechselbriefe *sub C. E. G. K*, gestalten Sachen nach, nicht zuzulassen, sondern dieselbe *sub poena recogniti* zu recognosciren schuldig.

u) LYNCKER in *centur. rer. decis. decis.* 404. ENGAV in *decis. et resp. part. II. resp.* 18. BROKES in *sel. obs. for. obs.* 107.

x) WERNHER *part. I. obs.* 15. Knorre in gerichtl. Proc. *lib. I. cap. I.* §. 13. Siehe

hero als einstmalen jemand wegen eines Gelddarlehns aus der darüber ausgestellten Handschrift executivisch klagte, der Schuldner aber zur eydlichen Diffession sich anerboth, welcher aber der Kläger, ohne sich zu einer Recognition durch Zeugen zu offeriren, widersprach; so wurde nach D** in April 1774 folgender masen gesprochen:

Urthel

Daß Beklagter, seines Einwendens ungehindert, das bey der Klage inducirte Document *sub* D entweder zu recognosciren oder eydlich zu diffitiren schuldig. Weil er nun auf den Fall sothane Urkunde eydlich zu diffitiren sich erbothen, so wird er zu dieser anerbothenen eydlichen Diffession des Documents *sub* D billig gelassen; es wollte den Kläger die erhobene Klage fallen lassen, und eine andere übergeben, als welches ihm, wenn er zuvor dem Beklagten die Unkosten dieses Processes erstattet, billig nachgelassen bleibet. Ergehet darauf ferner was recht ist. Von Rechts wegen.

CIII.

Rechtliches Gutachten

nach P** in May 1763.

Ohne Requisition des Forstamts kann ein Jägerpursche eines Oberförsters, welcher unter den adelichen Gerichten seinen Wohnsitz hat, von den letztern, ob ihnen gleich die Obergerichte zuständig sind, zur Ablegung eines Zeugnisses in einem Obergerichtsfall nicht vorgeladen werden.

Als Uns nachstehende Geschichtserzählung, nebst einer Frage, zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen Wir vor Recht:

Ist im Julio vergangenen Jahres eine gewisse ledige Dirne, Nahmens Hartmannin, in Uhlstädt, wegen Hurerey in Untersuchung gekommen,

Siehe auch erneuerte chursf. Proc. Ordn. im Anhange §. 9. und die Altenb. Proc. Ordn. *part. 2. cap. 2.* §. 9.

kommen, welche bey ihrer Vernehmung auf einen ledigen Bauers Sohn, Nahmens Bockner, in Ezelbach, bekennet und diesen als ihren Schwängerer angegeben. Hat aber dieser Bockner, da ihm, auf der Uhlstädter Gerichte Requisition, in Ezelbach darüber Vorhalt geschehen, alles geleugnet. Haben darauf die Ezelbacher Gerichte, um Bocknern der ihm angeschuldigten Begünstigung überführen zu können, in Uhlstädt auf die Abhörung eines dasigen Chirurgi, besonders aber des beym Herrn Oberförster, Rothe, in Diensten stehenden Jägerpurschens, Nahmens Hartmann, über gewisse Bocknern beschwerende Umstände, und der Communication der Abschrift von dessen Aussage, im Wechsel angetragen. Ist darauf der Jägerpursch, Hartmann, in Uhlstädt zwar vor die Gerichte mündlich vorgeladen worden, hat aber vorgedachter Herr Oberförster Rothe, welcher seit einiger Zeit, nachdem er mit hoher Erlaubnis aus dem Forsthause zu Zeuth ausgezogen, in Uhlstädt ein Bauergut wesentlich bewohnet, bey dem ihn vorgesetzten Herrn Cammerherrn und Oberforstmeister von Schmerzing, zu Hummelshayn, darüber, ob er den Purschen das Erscheinen vor Gerichte gestatten solle, oder nicht? angefraget, und von diesem kurz darauf die Verordnung erhalten:

> daß, ehe und bevor die Gerichte das Hochfürstl. ForstAmt requiriret, er den Purschen nicht stellen solle ꝛc.

Ist hierauf von Seiten der Gerichte zu Uhlstädt dem ebengedachten Herrn Cammerherrn und Oberforstmeister von Schmerzing, die der Wahrheit gemässe Vorstellung priuatim gemacht worden, daß dem Rittergute Uhlstädt und dessen Herrn Besitzer, nebst andern Gerechtsamen, die Obergerichte und Criminal Jurisdiction über alle und jede Einwohner und deren Kinder und Gesinde zu Uhlstädt patrimonialiter und priuatiue zustehe; dieses aber, daß des Herrn Oberförster, Rothens, Jägerpursch ein Zeugnis in einer Obergerichtssache ablegen solle, ein Obergerichtsfall sey; und man daher den Purschen, Obergerichts wegen, ohne Requisition mit allen Fuge und Rechte citiren könne; im Gegentheil aber durch Bewürkung der verlangten Requisition dem Hochfürstl. Forstamte, die Obergerichte über den Purschen, zum Präjudiz der Rittergutsrechte, einräumen würde. Hat darauf derselbe dennoch, daß er, des disfalsigen Anführens ungeachtet, den Purschen Hartmann, ohne vorgängige Requisition, vor Gerichte nicht erscheinen lassen könne, in Antwort sich vernehmen lassen. Wird dahero gefraget:

Ob die adlich Schwarzenfelsische Gerichte zu Uhlstädt in dem zuvor erzählten Falle, das Forstamt Hummelshayn zu requiriren schuldig?

Ob nun wohl den adelichen Schwarzenfelsischen Gerichten zu Uhlstädt, nebst andern Rechten, die Obergerichte und Criminaljurisdiction über alle und jede Einwohner und deren Kinder und Gesinde zu Uhlstädt patrimonialiter und privative zustehen; und dahero, daß selbige auch den Jägerpurschen, Hartmann, des Oberförsters Rothe, so daselbst seinen wesentlichen Wohnsitz hat, ohne Requisition des hochfürstlichen Forstamtes, um so mehr, da die Forstgerichte über die Forst- und Jagdbediente, fürnämlich nur in Forst- und Jagdsachen eine gegründete Gerichtsbarkeit haben y), in gegenwärtigem Falle unmittelbar vorladen könnten, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. erwehntermassen der Jägerpursche nicht, wegen eines von ihm selbst begangenen Verbrechens, in Untersuchen gezogen, sondern nur wegen eines Dritten, nämlich des Bockners, der diesem angeschuldigten Unzucht halber, als Zeuge verhöret werden soll; dieses aber, in Absicht des Jägerpurschens, für keinen Obergerichtsfall zu halten ist; hiernächst auch die Forst- und Jagdbedienten in persönlichen Sachen, die eben nicht das Forst- und Jagdwesen betreffen, unter ihrer forstlichen Obrigkeit, als ihrem befreyeten Gerichtsstande stehen z), und dahero von andern Untergerichten, so lange nicht ein anderes erwiesen wird, nicht unmittelbar, sondern nur mittelst eines an die Forstgerichte gesendeten Ersuchungsschreiben zur Hülfe Rechtens vorgeladen werden können a): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die Uns vorgelegte Frage zu bejahen sey.

CIIII.

Rechtliches Gutachten

nach P** im Monat September 1775.

1. Von einer in *possessorio summariissimo* unstatthaften Litisdenunciation. Da derjenige, welcher von jemanden in dem Besitze gestöret wird,

y) Stisser in der Forst- und Jagdhistorie der Teutschen, *cap.* 10. §. 42.

z) BECK in *tract. de iurisdictione forestali, cap.* 22. §. 1.

a) Seyfart in teutschen Reichsproceß *cap.* 2. §. 11.

wird, dieser Beunruhigung halber, seinem Währmanne, von dem er nämlich die Sache erhalten, eben so wenig *litem* denunciiren kann, als wenig er auch diese Denunciation deswegen, daß ein Anderer in dem jüngsten Besitze der Sache geschützet worden, welche ihm, nach seiner Meinung, jemand überlassen hat, gegen diesen gleich vorzunehmen vermag, wenn der Umstand, daß ihm die Sache von selbigem überlassen worden, annoch ungewis seyn sollte.

2. Von einer besondern Litisdenunciation des Klägers bey der Negatorienklage, welche dem Litisdenunciaten nicht füglich unmittelbar eingehändiget werden mag.

3. Von einem zwischen Privatäckern befindlichen Feldwege, welcher für einen ordentlichen gemeinen Weg zu achten, obgleich die Angränzer denselben auf ihre eigenen Kosten in gutem Stande erhalten.

4. Was dem Käufer eines an solchem Feldwege anstossenden Grundstückes für Rechtsmittel dieses Feldweges halber zuständig sind, wenn der Angränzer auf selbigen sein Vieh weiden zu lassen sich unterfangen sollte.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst zweyen Fragen z. u. d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Hat Johann Nikol Wolfram an 20sten September 1774 von dem Stadtmagistrat zu Schleitz eine Wiese erkauft, und, nach erfolgter landesherrlicher Einwilligung, an 26sten eben des Monates zu Lehn gereicht erhalten. Ist neben dieser Wiese ein Weg, welcher keine ordentliche Landstrasse, sondern ein solcher Weg ist, der von gedachten Wolframen und seinen Nachbar Knechen, die selbigen, so weit als eines jeden Güter daran gränzen, auf eigene Kosten bessern müssen, respective betrieben, und von den herrschaftlichen Fröhnern, die das Frohn- und Deputatholz aus den herrschaftlichen Waldungen anhero bringen müssen, befahren wird. Hat nun Käufer Wolfram bey der Lehnsreichung der Wiese gleich erinnert, wie sein Nachbar Knech neben dieser Wiese auf dem daselbst befindlichen Wege, die Trebe, oder Trift, nach seiner Huthung zu habe, und daß er, Käufer Wolfram, zeithero erfahren, daß selbiger, mit seinem Viehe auf besagtem Wege sich aufzuhalten und einer Hüthung anzumassen, sich unter-

unterfangen; wodurch ihm, Wolframen, weil sich das Vieh über die Stangen legte, das Graß weg fräße, und die Verschränkung beschädigte, viel Schade geschehen würde. Weshalb er, Wolfram, denn gebethen, dem Knoch die Hüthung und den Auffenthalt mit dem Viehe auf dem Wege zu untersagen. Hat nun auch Verkäufer der Wiese, nämlich der Stadrath zu Schleiz, Knochen vorzufordern und ihm solches zu untersagen, versichert; und darauf Knochen nebst Wolframen nicht nur vorgeladen, sondern auch jenem in Gegenwart des Wolframischen Vaters die Behüthung dieses Weges untersaget. Hat aber Knoch darauf erwiedert, daß er, weil sein Vorfahre seine Gänse und Pferde auf diesem Wege gehüthet, und er sein Gut ebenfalls so, wie sein Vorfahre, besitzen und gebrauchen wolle, er sich auch in dem Besitz dieser Hüthung befinde, sich diesen Besitz um so weniger einschränken lassen werde, da er von seinem Verkäufer, welcher mit seinem Rindvieh und Gänsen diesen Weg behüten lassen, also angewiesen worden sey. Ist auch Knoch nochmalen bey dem angestellten gütlichen Verhöre bey solchen Einwendungen verblieben, und hat darauf der Stadtrath folgenden Bescheid:

> Daß Knoch die Behüthung des quästionirten Weges unterlassen solle, er könte denn binnen drey Wochen die Behüthung solchen Weges so wohl mit dem Rindvieh als Gänsen bescheinigen, auf solchen Fall sey Beklagter bey seiner Posseß so lange zu schützen, bis Wolfram in dem petitorio wider Knochen ein anderes Recht ausgeführet habe:

ertheilet. Hat hierauf Knoch seine Bescheinigung übergeben, und glaubt durch Zeugen die possessionem praesentaneam der Behütung mit Gänsen und Rindvieh bescheiniget zu haben. Möchte nun aber Wolfram die Ausführung dieses Possessorienprocesses lieber seinem Verkäufer der Wiese, dem Stadtrathe nämlich, ansinnen, als selbst damit etwas zu thun haben, oder, Falls er ja diesen Possessorienproceß mit Knochen auszumachen hätte, in selbigen aber unterliegen sollte, gerne unterrichtet seyn, wie er es anzufangen habe, daß er der von Knochen auf den qu. Wege sich angemaßten Hüthungsgerechtigkeit halber, am sichersten seine Schadloshaltung in petitorio zu erlangen, sich Hofnung machen könne. Entstehen dahero die beyden Fragen:

1) Ob und auf was Mase Wolfram seinen Verkäufer, den Stadtrath zu Schleiz, in den beregten Possessionsstreit über die Behütung des *qu.* Weges ziehen, oder, Falls dieses nicht thunlich,

2) Durch

2) Durch was für ein Rechtsmittel er in *petitorio* klagen, und, so-thaner Behütung halber, am sichersten zu seiner Schadloshaltung zu gelangen, sich Hofnung machen könne?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, der qu. Weg, so weit er an Wolframs vom Stadtrath erkauften Wiese hingehet, zu dieser Wiese, weil deren Besitzer selbigen auf eigene Kosten bessern zu lassen schuldig ist, eigenthümlich mit zu gehören, und also auch der Stadtrath, als vormaliger Besitzer und Verkäufer der Wiese, diesen Weg, gedachter Länge nach, an Wolframen als ein Pertinenzstück der Wiese mit verkauft zu haben scheinet, bevorab da gedachter Stadtrath, als Wolfram bey der Lehnsreichung der Wiese über Knochens Behütung des daran befindlichen Weges sich beschweret, Knochen deshalb vorzufordern und denselben sothane Behüthung zu untersagen, versichert hat; mithin, daß der Stadtrath, der zu leistenden Gewähr halber, sich dieses Streites anzunehmen habe, und Wolfram ihn, als seinen Währmann, vermittelst einer demselben durch die Regierung zu insinuirenden Litisdenunciation in beregten Possessionsstreit ziehen könne, es das Ansehen gewinnen will:

D. a u. d. Wolfram dadurch, daß er sich über Knochens Behütung des qu. Weges beschweret, und dieser nebst ihm deshalb vorgefordert worden, Knoch auch darwider gegen Wolframmen seine Einwendungen, besonders des ihm zuständigen gegenwärtigen Besitzes, vorgeschützet hat, Wolfram, Kläger, und Knoch, Beklagter in diesem Possessionsstreite geworden ist, bevorab da beyde Theile auch schon in dem darauf gegebenen Bescheide auf die Mase benannt worden sind, und Wolfram wider diesen Bescheid kein Rechtsmittel eingewandt, also denselben in seine Rechtskraft hat treten lassen; sodann in possessorio summariissimo, weil dabey keine Gewährsnehmung geschiehet, und einem Wehrmanne dieses, daß ein Dritter durch seine beunruhigende That etwas unerlaubtes vornimmt, nicht zur Last geleget werden darf, die Litisdenunciation noch zur Zeit unzulässig ist b): So sind wir der rechtlichen Meynung, daß Wolfram seinen Verkäufer, den Stadtrath zu Schleitz, in den beregten Possessionsstreit über die Behüthung des *qu.* Weges nicht ziehen möge.

Ssss 3 Obwohl,

b) BERGER *in elect. disc. for. tit.* 14. *obs.* 2. *not.* 6. und in *elect. proc. poss.* §. 37. Seyfart in teutschem Reichsproceß *lib.* 2. *cap.* 4. §. 3.

Obwohl, die zweyte Frage betreffend, wider denjenigen, der sich auf unsern Grundstücke eine Dienstbarkeit, dergleichen die Behüthung ist, anmaset, die Negatorienklage angestellet, und dabey demjenigen, von welchem man das Grundstück käuflich erhalten, aus dem Grunde, weil uns derselbe solche von aller Dienstbarkeit frey zu gewähren hat c), lis denunciiret werden kann, masen die Litisdenunciation eben nicht blos einem Beklagten sondern überhaupt demjenigen, welcher im Fall er bey dem mit jemanden habenden Proceße unterlieget, eine Schadloshaltung von einem andern zu fordern ein Recht hat, wider diesen zuständig ist; und dahero auch ein Kläger, wie dermalen bey der Negatorienklage, seinem Verkäufer gar wohl litem denunciiren mag d); diese Litisdenunciation aber in vorliegendem Falle, da der Stadtrath, bey welchem die Negatorienklage wider Knochen anzubringen, selbst der Verkäufer ist, aus Sorge, damit es künftig an dem Beweise, daß ihm die Litisdenunciation geschehen, nicht ermangele, demselben von dem Kläger nicht füglich unmittelbar eingehändiget werden mag e); und Kläger dahero dem Stadtrath die Litisdenuciation von der Regierung, unter welcher der Stadrath stehet, insinuiren zu lassen, hernach aber, wenn er bey der Negatorienklage unterliegen sollte, deshalb die Kaufklage wegen der zu leistenden Gewähr wider den Stadtrath anzustellen hat f); mithin, daß hiedurch Wolfram in petitorio, sothaner Behüthung halber, am sichersten zu seiner Schadloshaltung zu gelangen, sich Hofnnng machen könne, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. diese eben angezeigte Art, wodurch Wolfram seine Schadloshaltung zu erlangen sich Hofnung machen kann, zum voraus setzet, daß ihm der qu. Weg von dem Stadtrathe als ein Pertinenzstück der Wiese mit verkauft worden sey; dieses aber weder daraus, daß Wolfram selbigen, so weit er an seiner vom Stadtrath erkauften Wiese hingehet, auf eigene Kosten, gleichwie ehedem sein Verkäufer, der Stadtrath, bessern lassen muß, noch daraus, daß der Stadtrath auf Wolframs bey der Lehnsreichung wider Knochen geäusserte Beschwerde, diesem die Hüthung und Auffenthalt mit dem Viehe zu untersagen versichert hat, gefolgert

c) *l.* 61. *D. de aedib. edict.*

d) BOEHMER *de action. sect.* 2. *cap.* 8. §. 5. BERGER *in elect. disc. for. tit.* 14. *obs.* 1. *not.* 4.

e) SCHAUMBURG in *princ. prax. iurid. lib.* 1. *sect.* 2. §. 3. *not.* **

f) *l.* 8. *D. l.* 25. *C. de euiction.*

gert werden mag, gestalten die Besserung des qu. Weges nicht aus dem Eigenthum desselben, sondern daher entspringen kann, weil die Angränzer des Weges sich desselben als eines gemeinen Feldweges vorzüglich zu ihren Nutzen, nämlich zum Uebertrieb ihres Viehes, und um zur Behüthung ihrer Privatfelder gelangen zu können, zu bedienen die Macht haben g), masen dergleichen Feldwege, wenn sie auch ehedessen aus den zusammen gethanen Privatäckern gemacht worden, dem ungeachtet, wenn sich die Zeit da solches geschehen, über Menschen Gedenken erstrecket, nicht für Privat, sondern für ordentliche gemeine Wege gehalten werden müssen h); welches bey dem qu. Wege um so mehr zu vermuthen, da selbiger nicht blos von Wolframen und Knochen respectiue behütet, sondern auch von den herrschaftlichen Fröhnern, so das Frohn- und Deputatholz aus den herrschaftlichen Waldungen anhero bringen müssen, befahren wird; solchemach auch die obgedachte Versicherung nur dahin auszulegen ist, daß der Stadtrath damit nicht als Verkäufer der daran gränzenden Wiese, sondern als Obrigkeit betrachtet, nicht zugeben zu wollen, geäusert, daß Knoch des qu. Weges sich zu einem andern Entzwecke, als zum Uebertrieb nach seiner Hüthung zu, bediene, und er, der Stadtrath, dahero dem Knoch die Hüthung und Auffenthalt mit dem Viehe auf selbigen untersagen wolle, weil er, Knoch, sich deren, nach Vorgeben des Wolframs, unbefugter Weise bediene; folgbar, da nicht zu vermuthen stehet, daß dem Stadtrath der qu. Weg zugehöret, und er dahero selbigen als einen ihm zugehörigen Weg weder verkaufen können noch wollen, selbiger auch dem Wolfram nicht in der Mase für mit verkauft zu achten ist, daß der Stadtrath ihm deshalb diesen Weg von aller Dienstbarkeit frey zu leisten habe; solchemnach nun auch Wolfram unter diesen Umständen von dem Stadtrathe keine Schadloshaltung des qu. Weges halber zu fordern berechtiget ist, woferne er nicht, daß ihm dieser Weg als ein zur erkauften Wiese gehöriger Privatweg, dessen er, Wolfram, sich blos so weit er an dieser Wiese hingehet, mit Ausschließung des Knochens seiner anmaßlichen Behüthung, bedienen könne, vom Stadtrath mit verkauft worden sey, klärlich darzuthun vermag; und Falls er den jetztgedachten Beweiß zu führen sich getrauet, und das Possessorium verliehren sollte, er am füglichsten die Negatorienklage anzustellen, und dabey dem Stadtrath durch

g) *l. 2. §. 22. D. ne quid in loco publico.* CARPOLLA *de seruit. rust. praed. cap. 3. num. 18.* A SANDE *in decis. iur. lib. 5. tit. 5. def. 1.*

h) *l. 3. pr. D. de locis et itin. publ.*

durch die Regierung litem zu denunciiren, auch, Falls der Proceß verlohren gehen sollte, seine Entschädigung mittelst der Kaufklage (actione emti) von dem Stadtrathe zu fordern haben würde: So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß Wolfram, wenn er den eben gedachten Umstand zu beweisen vermag, am sichersten auf die in den Zweifelsgründen gedachte Maße von dem Stadtrathe, sothaner Behüthung halber, zu seiner Schadloshaltung zu gelangen, sich Hofnung machen können, in Mangel solches Beweißes aber am klüglichsten handele, wenn er wider Knochen, Falls dessen Vieh ihm bey dem Uebertriebe an seiner Wiese durch das Abweiden oder sonst Schaden thut, die *actionem de pastu pecoris* oder die *actionem de pauperie* anstellet, oder auch deshalb, rechtlicher Art nach, sich einer Pfändung bedienet. V. R. W.

CV.

Die Anlegung des Realarrestes ist für keine Beraubung des Besitzes (spolium) zu halten, wenn selbige auch gleich von einem incompetenten Richter geschehen seyn sollte.

§. 1.

Der Realarrest wird, gemeinen Rechten nach, von dem Gläubiger nicht aus der Absicht, daß man ihm den Besitz der verkümmerten Sache überlasse, sondern bloß zu dem Ende gesuchet, damit die Sachen des Schuldners nicht eher von dem Orte, wo sie sind, weiter geschaffet werden, als bis der Schuldner, seiner Schuld halber, mit dem Gläubiger sich in Richtigkeit gesetzet, oder doch wenigstens demselben deshalb hinlängliche Sicherheit gesetzet hat i).

§. 2.

Die Beraubung des Besitzes, oder das spolium, hingegen, bestehet in einer unrechtmäßigen Entziehung des Besitzes einer Sache k). Weil nun

i) WERNHER in *sel. obs. for. part.* 3. *obs.* 62. *et* 199. MEVIUS in tract. *de arrestis, cap.* 19. *num.* 21. *pag.* 221.

k) Siehe BOEHMER in *iur. eccl. prot. tom. I. tit. XIII.* §. 2.

nun aber der Gläubiger oder Arrestant von des Schuldners oder Arrestatens seiner mit Arrest belegten Sache keinen Besitz erhält (§. 1), so folgt auch, daß er durch die Anlegung des Arrestes ihn nicht spoliire. Mithin kommt auch dem Schuldner wegen des angelegten Arrestes wider seinen Gläubiger weder die actio noch exceptio spolii zu statten.

§. 3.

Nun kann es sich zwar zutragen, daß der Schuldner, des angelegten Arrestes halber, die Sache nicht frey nutzen kann, weil er damit nicht aller Orten, so wie seine Geschäfte solches mit sich bringen, sich hinwenden, und auf solche Art solche nach seiner ihm sich darbiethenden vortheilhaften Gelegenheit zu gebrauchen nicht die Macht hat. Allein dieser ihm entgehende Gewinst oder auch daraus entstehende Schade rührt aus seiner eigenen Schuld her, daß er die Relaxation des Arrestes nicht so gleich durch Befriedigung des Gläubigers oder durch Bestellung einer hinlänglichen Caution zu bewürken sucht. Der Gläubiger bedient sich seines Rechtes. Und daher sind auch die für dem Schuldner daraus entstehenden unangenehmen Folgen eigentlich für keinen Schaden, derentwegen der Gläubiger zu haften brauchte, anzusehen l). Denn es wird hierbey zum voraus gesetzet, daß der Gläubiger aus einer bescheinigten rechtmäsigen Schuld den Arrest gesuchet und erhalten hat.

§. 4.

Sollte es seyn, daß der Gläubiger wegen einer nicht bescheinigten rechtmäsigen Schuld den Arrest gesucht und von dem Richter erlangt hätte, und der Schuldner hiedurch in Schaden gesetzet worden wäre; so hat dieser, weil in dem Fall so wohl dem Gläubiger, als dem Richter ein Versehen beyzumessen, die Wahl, ob er deshalb den Gläubiger, oder den Richter belangen will m). Und hat alsdenn, wenn die Arretirung aus der Absicht, den Schuldner zu beschimpfen geschehen, die actio iniuriarum n), ausserdem aber, die actio in factum o) Statt.

§. 5.

l) *l.* 151. *D. de reg. iur.*

m) GAIL in tr. *de arrestis imperii cap.* 14. *num.* 1. MEVIUS *par.* 8. *decis.* 290. *num.* 4.

n) *l.* 15. §. 31. *D. de iniur. l.* 13. §. 7. *D. eod. l.* 32. eod.

o) §. fin. *I. de lege Aquil.* Add. BERGER *in oec. iur. lib.* 4. *tit.* 18. *th.* 3. *not.* 9.

§. 5.

Wäre es, daß zwar der Gläubiger aus bescheinigter rechtmäßigen Schuld bey dem Richter des Ortes, woselbst die Sache eben anzutreffen, den Arrest gesucht, der Richter aber, wegen besonderer Rechte des Landes, das Recht zu arretiren nicht hätte; so mag dieses nachhero, bey wieder aufgehobenen Arrest, den Gläubiger zu keiner Schadensersetzung verbinden. Denn es ist eines jeden Richters eigene Obliegenheit, daß er, ob ihm in vorkommender Sache die Gerichtsbarkeit zustehe, selbst gehörig prüfe p), und hierauf, nach Befinden, dem Imploranten entweder in seinem Gesuch willfahre, oder ihn an den gehörigen Richter verweise.

Rechtsfall.

Ein Schiffer ist Jemanden auf einige Wechsel verschiedene ansehnliche zinsbare Capitalien schuldig. Weil er aber wider sein Versprechen die Zinsen seinem Gläubiger ganz und gar nicht entrichtet, so siehet dieser das Capital deshalb für gekündiget an. Es fügt sich, daß der Schuldner mit seinem Schiffe in dem Hafen einer Stadt vor Anker lieget. Der Gläubiger verlangt seine Bezahlung, oder daß ihm der Schuldner wenigstens deshalb hinlängliche Sicherheit bestelle. Dieser aber macht weder zu dem einem, noch zu dem andern eine ernstliche Anstalt. Der Gläubiger ergreift dahero die Gelegenheit und sucht bey der Obrigkeit der Stadt, woselbst sich das Schiff eben befindet, um Arrest des Schiffes nach. Die Obrigkeit verhängt auch den Arrest dieses Schiffes, nachdem der Gläubiger zuvor seine Forderungen durch die Wechsel gehörig bescheiniget hat. Hierüber geschiehet es nun, daß das Schiff, weil der Schuldner weder bezahlet, noch dem Gläubiger eine hinlängliche Sicherheit verschaft, eine geraume Zeit hindurch stille liegen muß, und damit, ungeachtet viele Gelegenheit durch angebothene Frachten dazu vorhanden ist, damit nichts verdienet werden kann.

Der Schuldner wendet sich unterdessen an seine Obrigkeit und verlangt bey selbiger Hülfe. Diese seine Obrigkeit macht jener Stadtobrigkeit, welche Arrest angeleget hat, das Recht zu arretiren strittig. Es geschiehet auch, daß der Arrest wiederum aufgehoben und der Gläubiger den Schuldner vor seiner ordentlichen Obrigkeit zu belangen angewiesen wird.

p) *l. 5. D. de iudiciis.*

wird. Der Gläubiger thut solches auch, und verlangt, daß ihm der Schuldner auf die Wechsel gehörige Zahlung leiste und ihn einstweilen, ehe solches geschehen, seiner Forderungen halber genugsame Caution bestelle.

Der Schuldner, welcher die Ausstellung der Wechsel zwar nicht leugnen kann, schützt jedoch die exceptionem spolii darwider vor, und bittet den Kläger eher nicht zu hören, als bis er zuvor wegen der durch den angelegten illegalen Arrest verursachten Schäden und Kosten, deren er über 2000 Rthl. in Ansatz bringet, völlig restituiret worden.

Die Acten wurden darauf, als der weitläuftige Schriftwechsel hierüber geendiget worden, verschickt, und man ertheilte mit Verwerfung der exceptionis spolii, in dieser Sache, im December 1770, nach R**, folgendes

Urthel

Auf Vorbringen, darwider vorgeschützte Einreden und fernere Schriften des Erbmüllers Sch**, zu W**, wie auch der Vormünder der S** schen Kinder, zu R**, Klägerer an einem, des Schiffers H** zu F** Beklagtens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. A. n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. s. w. v. R.

Daß Beklagter, Innhalts des Wechsels *sub num. 1. ad num. act. 48*, 300 neue Zweydrittel, desgleichen, Innhalts des Wechsels *sub num. 2. ad num. act. 48*, 532 Rthl. neue Zweydrittel, dem Müller Sch**, ferner eben diesem Sch**, 100 Rthl. neue Zweydrittel, Innhalts des Wechsels *sub num. 3. ad num. act. 48*, nicht minder eben demselben 150 Rthl. in Mecklenburger gäng und gäben Münze, Inhalts des Documents *sub num. 4 ad num. act. 48*, samt den in gedachten Wechseln *sub num. 1. 2.* und *3.* versprochenen Zinsen, so viel er daran durch richtige Quittungen zu mindern nicht vermag, binnen 4 Wochen, woferne er alle diese Documente eydlich zu diffitiren nicht im Stande, bey Vermeidung der Hülfe, zu bezahlen schuldig, und wird deshalb, zur Sicherheit beyder Klägere, so lange, bis er sich seiner Schuld durch baare Bezahlung entlediget, oder Klägern deshalb hinlängliche Sicherheit bestellet, das im Hafen zu W** gelegene Schiff, der junge Hinrich genannt, einstweilen billig

 verkům-

verkümmert, und Beklagter mit seiner wider das Document *sub num. 2.* auf weitere Ausführung beruhenden Einrede des unrechtmäßigen Geldwuchers, so wie auch Mitkläger Sch**, wegen seiner wider Beklagten zugleich angebrachten Forderung von 2333 Rthl. zu besonderer An- und Ausführung verwiesen. Hiernächst hat Beklagtens vorgeschützte *exceptio spolii* so wenig, als sein Strafgeldegesuch auf 20 Mark Goldes wider Klägere Statt, sondern es ist vielmehr Beklagter, Falls er wegen des zu R** arretirt gewesenen Schiffes, Prinz Ludwig von Mecklenburg genannt, etwas an Schäden, Kosten und Strafgeldern auf rechtsbegründete weise fordern zu können vemeinet, dieserhalb an denjenigen, welcher den Arrest ohne Fug Rechtens verhänget hat, sich zu halten verbunden. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl Beklagter anführet 1) daß Klägere, iuxt. num. act. 1. et docum. sub A et B ad num. act. 48, sein Schiff, Prinz Ludwig von Mecklenburg genannt, am 9ten Februar 1768, obgleich schon am 4ten Febr. eben dieses Jahres die Sache zwischen ihm und dem Müller Sch** bey dem Herzoglichen Amte Hirschburg anhängig gewesen, und, nach Aussage des Schiffers Gerds num. act. 50, gedachter Mitkläger Schmidt, die Citation des Herzoglichen Amtes von 4ten Februar 1768. schon erhalten gehabt, mit Arrest, gegen Caution, daß sie für allen daher entstehenden Schaden einstehen und hafften wollten, zu R** hätten belegen lassen; dieser Arrest aber theils um deswillen, weil er wider die ebengedachte Litispendenz, theils wider den §. 414. und 423. des Landes Grundgesetzlichen Erbvergleichs gesucht und erlanget worden, für unrechtmäßig, und, weil das Schif eine geraume Zeit hindurch stille liegen müssen und damit nichts verdienet werden können, für ein Spolium, sodann, weil ebenberegter Erbvergleich, iuxt. adi. sub A ad num. Act. 33, von Kayserlicher Majestät dergestalt, daß, wer darwider handelt, eine Strafe von 40 Marck löthigen Goldes, halb dem fisco, und halb dem beleidigtem Theil verwürkt haben sollte, bestätiget worden, zugleich für strafbar zu halten wäre; folgbar Kläger ihm, Beklagten, bevor er sich auf ihre Klage einzulassen schuldig, alle die sub C. ad num act. 48 liquidirten Schäden, bevorab da er auch bereits in dem Bescheide ad num. act. 50. dem Schiffer Gerds den sechsten Theil der Schäden und was demselben als Besah-

Befahrer des Schiffes privative zustehet, zu vergüten condemniret worden, vor allen Dingen zu ersetzen und die Hälfte von gedachter Geld-Strafe der 40 Marck löthigen Goldes zu erlegen schuldig wären, zumahl dem Müller Sch** in dem Rescript num. act. 47. nur die verwürkte öffentliche Strafe erlassen, und ihm, Beklagten, in dem Rescript num. act. 60, wodurch das Rescript von 29 Junius 1769, als worinnen er mit seiner exceptione spolii an den Stadtrath zu R** verwiesen gewesen, wiederum aufgehoben worden, wider Klägern, sich der exceptionis spolii und anderer rechtlichen Nothdurft zu gebrauchen frey gestellet worden wäre; auch auser dem bey einem unrechtmäßigen Arreste der Arrestat entweder den Richter, welcher denselben decretirt, oder den Theil, so denselben impetrirt und dafür Caution geleistet, der daraus entstandenen Schaden wegen zu belangen, die Wahl hätte q); solchemnach auch Klägere ihn deshalb an den Stadtrath zu R** nicht verweisen könnten, sondern selbst hafften müßten, ohne daß sie auch ihrer vermeintlichen Forderungen halber mehrere Sicherheit, als bereits in dem Protocolle num act. 48. berichtiget worden, fordern könnten; in weiterm Betracht, daß 2) nicht nur der S**schen Kinder, sondern auch des Müller Sch** Forderungen durch dasjenige, was sie ihm an Schäden, Kosten und verwürkter Strafe zu entrichten hätten, völlig getilgt und dadurch, daß sie sich durch den widerrechtlich angelegten Arrest selbst geholfen, bereits aufgehoben worden wären, und besonders den S** schen Kindern die Einrede, daß er den Wechsel sub num. 1 ad num. act. 48. nicht allein ausgestellt, dem Müller Sch** aber wegen der in Wechsel sub num. 2. ad num. act. 48. ausgedruckten Summe von 532 Rthl. die Einrede des unrechtmäsigen Geldwuchers entgegen stünde, indem diese Summe in einem von Sch** im Jahr 1762 erborgten Capital von 850 leichten Curantgeldes, welches Sch** wider die Herzogliche Parificationstabelle, nach welcher sothane 850 Rthl. nur 283 Rthl. 16 ßl. in neuen zweydritteln ausmachten, und wider seinen, Beklagtens, Willen reducirt, und solcher Gestalt ihn, Beklagten, um 399 Rthl. neue Zweydrittel, dadurch, daß er, Beklagter, durch Geldmangel gedrungen, ihm den Wechsel über 532 Rthl. in neuen Zweydritteln, auszustellen müssen, geldwucherlicher Weise zu bringen gesucht hätte; wegen der 2133 Rthl. aber, der Müller Sch** als ein Miteigenthumsherr oder Mitrehder zum sechsten Theil an dem Schiffe,

 der

q) MEVIUS *part. VIII. decis. 290. num. 4.*

der junge Hinrich genannt, anzusehen, folgbar er, Beklagter H**, deswegen nicht für des Sch** Schuldner zu halten wäre, sondern Sch** der Rechnungsablegung wegen, an den Schiffer Niemann, der dieses Schiff führete, sich zu halten hätte; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

Dennoch aber und dieweil ad 1) ein Realarrest von einem Gläubiger nicht aus der Absicht, daß man ihm den Besitz der verkümmerten Sache überlasse, sondern bloß zu dem Ende, damit die Sachen des Schuldners nicht eher von dem Orte, wo sie sind, weiter geschafft werden, als bis der Schuldner, der Schuld halber, mit dem Gläubiger sich in Richtigkeit gesetzet, oder doch wenigstens demselben deshalb hinlängliche Sicherheit gestellet hat, gesucht wird; auch aus den Acten besonders dessen num. 4 sich nicht veroffenbaret, daß Kläger die S**schen Kinder, und Mitkläger S**, welcher jenen nachhero beygetreten, den Arrest auf das Schiff, Prinz Ludwig von Meckelnburg genannt, aus anderer als gedachter Absicht zu R** gesucht und erlangt haben; folgbar da Klägere durch den auf gedachtes Schiff gelegten Arrest keinen Besitz desselben bekommen haben, auch mit Bestande Rechtens von Beklagten, daß ihn Klägere dadurch spoliirt hätten, um so weniger behauptet werden kann, als, den Acten nach, zur Zeit des angelegten Arrestes nicht Beklagter, sondern der Schiffer Gerds das Schiff in Besitz gehabt, und also auch Beklagter, daß er des Besitzes durch den angelegten Arrest entsetzet worden nicht vorgeben kann; ein spolium aber zu seinem Wesen, daß einer des Besitzes einer Sache auf unrechtmäsige Art beraubet worden, unumgänglich erfordert; sodann ein Schuldner dadurch, daß er vor seiner Obrigkeit, wegen der Forderungen seines Gläubigers, etwas meldet und sich dieserhalb mit ihm auseinander setzen will, unter dem Schein einer Litispendenz, seinem Gläubiger die Sicherheit, welche dieser durch Anlegung des Arrestes suchet, nicht hindern mag; auch in dem dermaligem Falle, Beklagter, iuxt. num. act. I. nur wegen des Schiffes, so des Müller Sch** Stiefsohn, der Schiffer Heinrich N**, führte, und also wegen des Schiffs, der junge Hinrich genannt, den Müller S** zur Berechnung anzuhalten und zu dem Ende einen Termin anzusetzen, gebethen hat; diese Berechnung aber, wie aus der Folge der Acten zu ersehen gewesen, die 2333 Rthl. allein betrifft, derentwegen erwehnten S** der sechste Theil an sothanem Schiffe von Beklagtem überlassen worden ist; Klägere aber, nämlich so wohl die Vormünder der S** schen Kinder, als auch der Müller S**, nicht dieser, sondern wie nicht widersprochen

chen werden mögen, ihrer andern klaren Forderungen wegen, mehrgedachten Arrest gesucht haben; wobey ihnen, weil sonst der Arrest bey der Obrigkeit des Ortes, allwo die Sache eben befindlich ist, gesucht zu werden pfleget r), der Umstand, daß nachhero dem Stadtrath zu R** das Recht zu arretiren, aus dem dasigen Landesgrundgesetzlichen Erbvergleich strittig gemacht worden, nicht zur Last geleget werden, und ihnen dahero auch die, des angelegten Arrestes halber, bestellte Caution nicht schaden mag, masen es eines jeden Richters eigene Obliegenheit ist, darüber, ob ihm in vorkommender Sache, eine Gerichtsbarkeit zustehe, selbst zu urtheilen s), und derjenige, welcher, daß er unter dem Richter der Sache wegen nicht stehe, vermeinet, solches demselben anzuzeigen und die exceptionem fori incompetentis vorzubringen schuldig ist t); Beklagter aber dieses nicht gethan, sondern, iuxt. num. act. 12, diese Arrestsache mit Klägern auszumachen, ohne seine Concurrenz lediglich dem Schiffer Gerds, der das Schiff in Besitz gehabt, überlassen hat; solchergestalt Beklagter selbst in Schuld ist, daß er, wegen nicht berichtigter Bezahlung und sogar unterlassenen Abtrags der Zinsen zu Anlegung des Arrestes Gelegenheit gegeben, und daß darauf wegen seines Nichterscheinens, und seiner nicht opponirten exceptionis sowohl litis pendentis als fori incompetentis, das Schif die geraume Zeit hindurch stille liegen müssen, und damit nichts verdienet werden können; solchemnach nun auch Klägere dem Beklagten von der angezogenen Strafe der 40 Mark löthigen Goldes nichts zu entrichten haben, gestallten dieses, ob die Obrigkeit zu R** wider den Landeserbvergleich sich einer Arrestanlegung unterfangen, nicht Klägere, sondern sie, die Obrigkeit, welche solche unternommen, selbst zu verantworten hat; so wohl Beklagter, eben wegen seiner nicht geschehenen Befriedigung der Klägerer, die aus dem Arrest entsprungenen Schäden und daß er dem Schiffer Gerds den sechsten Theil der Schäden und was demselben als Befahrer des Schifs priuatiue zustehet, zu vergüten condemnirt worden, sich selbst zuschreiben muß, anerwogen seiner Schulden wegen das Schiff mit Arrest belegt worden, und derselbe gleich wieder aufgehoben worden seyn würde, wenn Beklagter Klägeren entweder gleich bezahlet, oder doch wenigstens, wie sie auch nur verlanget, sothaner Schulden wegen, ihnen hinlängliche Sicherheit bestellet hätte; sodann dadurch, daß man Beklagtem in dem Rescript num. act. 60, der exceptionis

r) MEVIUS in *tract. de arestis*, *pag.* 33. et in *decis. part.* 1. *decis.* 242. *num.* 7.

s) *l.* 5. *D. de iudic.*

t) *l.* 2. *pr. D. Si quis in ius vocat.*

nis spolii und anderer rechtlichen Nothdurft wider Klägere sich zu gebrauchen, freygestellet, dieselbe nicht für gegründet erkläret, sondern nur zu weiterer rechtlichen Ausführung vor dem herzoglichen Amte freygelassen und dieserhalb in dem Rescripte ad num. act. 60. nur der Ausdruck: und bleibt es dir also unbenommen, dich deiner vermeintlich habenden exceptionis spolii und anderer rechtlichen Nothdurft zu gebrauchen: gesezt worden ist; ferner dem Arrestaten, nur in dem Fall, wenn der Arrestant aus ungerechter Ursache den Arrest gesucht und erlanget hat, die Wahl, entweder den Arrestanten, oder den Richter zu belangen, frey stehet, indem alsdenn nicht einer allein, sondern jeder wider die Gesetze gehandelt hat; auch Mevius an dem angezogenen Orte nur unter solchen Umständen, die vom Beklagten vorgeschützte Wahl zuläßt; in dem dermaligen Falle aber dieses, daß Klägere die Anlegung des Arrestes aus ungerechter Ursache sollten erlanget haben, nicht vorhanden, sondern vielmehr das Gegentheil, weil Klägere den Arrest wegen ihrer gerechten Forderungen ausgewürkt haben, anzutreffen ist; und Klägern dahero, woferne ihnen Beklagter nicht auf andere Art, vor geleisteter würklichen Zahlung, sothaner Foderungen halber, hinlängliche Sicherheit zu verschaffen im Stande seyn sollte, der ad num. act. 68. gebethene Arrest auf das im Hafen zu Warnemünde gelegene Schiff, der junge Hinrich genannt, um so eher zu ertheilen ist, als eines Theils in dem Protocoll num. act. 48. der Klägerer Sicherheit halber der Schiffer Gerds nur den Verdienst von ⅓tel Part gewissenhaft zu berechnen und den Verdienst zur gerichtlichen Deposition einzuliefern sub hypotheca bonorum versprechen müssen, andern Theils Beklagter in den Wechseln sub num. 1. 2. und 3. ad num. act. 48. Klägern ihrer Forderungen halber ausdrücklich eine Hypotheck auf alle seine Güter gestellet, und dritten Theils derselbe ad 2) bey seiner eventualen Einlassung, num act. 48, wider diese Forderungen größten Theils nichts erhebliches einzuwenden vermocht hat, gestallten die Einwendung, daß der Klägerer Forderungen, wegen der durch den Arrest verursachten Schäden, Kosten und verwürkten Strafe, für getilget anzusehen sey, obiger Ausführung nach, für ganz ungegründet zu achten ist; desgleichen Beklagter, weil er den Wechselbrief sub num. 1. ad num. act. 4. mit den Worten: Acceptire auf mich selbst, Heinrich Hinzmann: unterschrieben und der Wechsel selbst auch nur von einer Person redet, auch deshalb allein haftet und die Mitunterschrift des Heinrich Niemans nur für die Unterschrift eines Zeugens oder Bürgens anzusehen ist; ferner dasjenige, was Beklagter gegen den Wechsel des Müller S** sub num. 2 eingewendet, annoch

ganz

ganz illiquid ist, und deshalb zu besonderer Ausführung gehöret; so wie auch dasjenige, was Mitkläger Sch** wegen der 2333 Rthl. vorgebracht, dahin zu verweisen ist, sintemal dieses eine caussa ordinaria ist, welche mit jenen Forderungen, die in einer caussa executiua bestehen, nicht in einerley Proceß zugleich betrieben werden können; folgbar Mitkläger Sch** so wie er num. act. 53 geäussert, daß er aus der ihm aufgebürdeten Rhederey gänzlich heraus, und sein Geld nebst allen restirenden Zinsen, oder wenigstens eine bis itzo abgehende Schiffsrechnung haben wolle, dieses wider Beklagten besonders zu suchen hat; indessen, weil Beklagter die Wechselbriefe sub num. 1, 2, und 3, desgleichen die Verschreibungen sub num. 4 ad num. act. 48 noch nicht recognoscirt, gleichwohl aber auch dieselben nicht ausdrücklich geleugnet, ihm jedoch die eydliche Diffession vorzubehalten gewesen; und, weil beyde Theile etwas für und wider sich haben, die Unkosten dieses Processes durch deren stillschweigende Uebergehung gegen einander compensiret worden sind: So ist demnach, wie in Urthel enthalten, billig erkannt worden.

CVI.

Von einer wegen eines Irrthums oder Unwissenheit gesuchten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§. 1.

Wenn Personen von volljährigen Alter gegen ein, der Strenge der Rechte nach, zwar gültiges, ihnen aber nachtheiliges Geschäfte wiederum in vorigen Stand eingesetzt zu werden verlangen, so gehört unter die besondern Ursachen, weshalb die Restitution geschehen kann, auch ein gerechter Irrthum u). Der Irrthum ist eine mit einer falschen Vorstellung vereinigte Unwissenheit. Dahero auch wegen einer gerechten Unwissenheit eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Platz greifet x).

§. 2.

Soll nun aber jemand wegen seines gerechten Irrthums in vorigen Stand eingesetzet werden (§. 1), so sind hierbey mancherley Stücke erforder-

u) *l. 2. D. de in integr. restit.*

x) *l. 1. §. 6. D. quod falso tutore auct.* HENR. MVSAEI diss. *de restitutione in integrum ex capite ignorantiae* Kil 1704.

erforderlich. Erstlich muß er sich würklich in einem Irrthum befunden, und also von der Sache eine falsche Vorstellung gehabt haben. Denn wer wissentlich etwas ihm nachtheiliges unternimmt, der betrügt sich selbst y). Soll ihm ja sein Wissen nicht schaden, so muß er doch wenigstens dabey in der guten Meinung gestanden haben, daß dasjenige, was er gewußt, nicht wahr sey z), oder, daß er, wegen obrigkeitlichen Befehls, seinem Wissen zuwider handeln müssen a). Sollte darüber, ob er die Sache gewußt oder nicht gewußt habe, ein Zweifel entstehen, so kann ihm deshalb ein Eyd abgefordert werden, zumal wenn er wegen vorhandener Umstände eine Vermuthung der Wissenschaft wider sich haben sollte b).

§. 3.

Zweytens ist bey diesem Irrthume nöthig, daß der sich Irrende den Irrthum füglich nicht vermeiden mögen. Denn bey dem, was man verhüten können, hat man sich selbst beyzumessen, daß man es nicht vermieden hat. Da ist man selbst in Schuld. Ein Schade aber der aus unserer eigenen Schuld entspringet, ist, den Rechten nach, für kein Schade zu achten c). Und deshalb wird auch dargegen keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zugelassen d). Dahero, weil man seine eigenen Handlungen insgemein leichte wissen, und sich auch von dem, was Rechtens, wo nicht selbst, jedoch durch Andere unterrichten kann, wird einer wegen eines dabey begangenen Irrthums ohne erhebliche Ursache nicht restituiret, sondern, der Regul nach, muß der Irrthum bey fremden Handlungen vorgefallen seyn e). Ich sage ohne erhebliche Ursache. Dergleichen ist aber vorhanden, wenn man bey Thatsachen in keiner groben Nachlässigkeit sich befunden f), oder bey Rechtssachen keinen Gewinn, sondern nur seinen Schaden, daß man von dem Seinigen nichts einbüsse, zu vermeiden suchet g). Wenn also derjenige, welcher wider den Andern wegen eines Irrthums in den vorigen Stand aus der Absicht eingesetzt zu werden verlanget, damit der Andere sich mit seinem, des Implorantens, Schaden

y) *l.* 1. §. *fin. D. quod falso tut.*

z) *l.* 2. *D. quod falso tutor.*

a) *l.* 5. *D. quod falso tutor.*

b) MÜLLER ad STRUVII *exerc.* 8. *th.* 76. *num.* 2.

c) *l.* 203. *D. de regul. iur.*

d) *l.* 35. *D. de seruit. praed. rustic.* wo es heist: *quod ius non negligentia aut culpa sua amiserant.*

e) *l.* 5. §. 1. *in fin. D. pro suo.* wo es heist: quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.

f) *l.* 6. *D. de iur. et facti ignor.*

g) *l.* 7. *l.* 8. *D. de iur. et fact. ignor.*

Schaden nicht bereichere, so ist ihm die Restitution nicht abzuschlagen, er mag sich in Thatsachen, die ihn selbst oder andere angehen, oder selbst in den Rechten geirret haben. Welches um so weniger Bedenken hat, wenn er zumal dabey durch des Andern seine eigene, oder seines Erblassers Schuld in den Irrthum versetzt worden seyn sollte.

§. 4.

Drittens müssen auch bey der wegen eines Irrthums gesuchten Restitution diejenigen Stücke vorhanden seyn, welche sonst überhaupt bey dem Gesuch der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nothwendig sind h). Wohin unter andern gehöret, daß der Implorant sich durch kein anderes Rechtsmittel helfen kann. Hat er also wegen des Irrthums schon andere Rechtsmittel, wodurch er zu den Seinigen gelangen kann, so bedarf es keiner Restitution. Wohin zum Exempel, die condictio indebiti, die actio venditi i) gehöret. Wie ihm denn auch dieselbe zu versagen ist, wenn man zum voraus sehen sollte, daß sie ihm keinen Nutzen verschaffen werde k).

CVII.

Erster Rechtsfall

Von einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, so jemanden wegen seines Irrthums bey einem Concurs gegen ein präclusivisches Decret ertheilet worden.

Ein angesehener Minister, welcher bey seinem Fürsten in grosen Gnaden stehet, erborget von jemanden 1000 Rthl. zum Erwerb einiger Grundstücke, welche, wie sich nachhero ergiebet, an die fürstliche Cammer gelanget sind. Weil zur Bezahlung keine Anstalt gemacht wird, so meldet sich deshalb der Gläubiger bey dem Minister. Dieser giebt ihm zu erkennen,

h) Siehe meine *institutiones iuris civilis* §. 529. u. f.

i) *l. 2. C. de act. emt.*

k) *l. 28. §. 2. D. ex quib. cauf. maj.*

nen, daß gedachtes Capital in des Fürstens höchsten Angelegenheiten gebraucht worden sey, die fürstliche Cammer habe es erhalten und in ihren Nutzen verwendet. Hiedurch wird der Gläubiger veranlasset, solches dem Fürsten unterthänigst anzuzeigen und um Vergütung zu bitten. Es geschiehet aber, daß der Minister, ehe diese Sache regulirt wird, verstirbet. Es entstehet über sein Vermögen ein Concurs, wozu alle Gläubiger mittelst Edictalcitation, bey Verlust ihrer Forderungen, vorgeladen werden. Mehrgedachter Gläubiger aber meldet sich dabey nicht, weil er in den Gedanken stehet, daß nicht dieser Minister, sondern die fürstliche Cammer, wegen der 1000 Rthl. sein Schuldner sey. Worauf denn auch ein präclusivisches Decret wegen der sich nicht gemeldeten Gläubiger erfolget. Als dieses geschehen, so veroffenbaret sich, daß der Minister das Geld nicht in den Angelegenheiten seines Fürsten gebraucht, sondern für sich behalten, und in seinen Nutzen verwendet hat. Dahero, als der Gläubiger abermalen, dieses Capitals halber, bey dem Fürsten unterthänigste Vorstellung thut, so wird er mit seinen Suchen ab, und allenfalls wider die Präclusion, mittelst gesuchter Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, an denjenigen, der als sein wahrer Schuldner befunden wäre, sich zu halten angewiesen. Er sucht darauf wider des Ministers Erben um eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das präclusivische Decret nach, und bittet ihm annoch die Liquidation und rechtliche Ausführung der Sache zu gestatten.

Es erfolget darauf, nach vollführten rechtlichen Verfahren, ein protocollarisches Decret von 8ten April 1775, worinne Implorant gegen die von ihm verabsäumte Liquidation wieder in vorigen Stand eingesetzet, und den Imploraten, sich auf dessen Forderung einzulassen, auferleget wird.

Die Imploraten wenden darwider die Supplication ein, und führen dabey zwey Beschwerden an, erstlich wegen der erkannten Restitution, und zweytens wegen der Einlassung auf des Implorantens Forderung.

Die Acten werden verschickt, und der Schöppenstuhl ertheilt darauf nach W** im Februar 1776 folgendes

Urthel

Urthel.

Auf eingewandte Supplication, deren Justification, darwider vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen des weiland Geheimenraths von Schliestedt nachgelassener Beneficialerben, der geheimen Kriegesräthin Waitz, von Eschen und Consorten, Imploraten und Supplicanten an einem, des General-Majors von Rhetz, Implorantens und Supplicatens am andern Theil, erkennen wir Fürstlich Br** L** Hofrichter und Assessoren, nach eingehohlten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, vor Recht:

Daß es, der eingewandten Supplication ungehindert, bey dem am 8ten April 1775 ertheilten Protocollardecret billig verbleibet. Es sind auch Supplicanten die Unkosten des verzögerten Processes, nach vorgängiger deren Liquidation und unserer Ermässigung, dem Supplicaten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl Supplicanten zu Begründung ihrer beyden Beschwerden anführen, daß qu. grav. I) in dermaligem Falle kein solcher Irrthum vorhanden sey, dessentwegen Supplicat wiederum in den vorigen Stand eingesetzt werden könnte, masen derselbe nicht nur von der quästionirten Forderung selbst, sondern auch von der Edictalcitation, mittelst deren sämmtliche von Schliestedtische Gläubiger unter der Verwarnung, daß sie ihrer Forderungen für verlustig geachtet werden sollten, vorgeladen worden wären, Wissenschaft gehabt hätte, indem er selbst anführete, wie er gehoft, daß Serenissimus die Bezahlung gnädigst verwilligen würde, und selbst bey diesem Concurs ein Capital von 6000 Rthl. liquidirt hätte, und er also wenigstens, bey gehabten Zweifel, die beregte Forderung eventualiter liquidiren sollen; folgbar, da er dieses nicht gethan, er hierbey einen Irrthum in den Rechten begangen, weshalb keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Statt finde, bevorab da dieser die Präscription von einem Jahre, welche durch neuere Rechte nicht aufgehoben worden, entgegen stünde,

 indem

indem der letztere präclusivische Liquidationstermin in November 1773 gewesen, Supplicat aber erst am 9ten December 1774 mit seinem Restitutionsgesuch zum Vorschein gekommen wäre; worzu ferner käme, daß bey einer Edictalcitation diejenigen, welche sich nicht gemeldet, schon selbst den Rechten nach, für ausgeschlossen geachtet würden, daß dahero den Gläubigern ihr hiedurch erlangtes Ausschliessungsrecht von dem Richter auf keine Weise durch Ertheilung einer Restitution entzogen werden könnte, weil in solchem Fall zwar denenjenigen, welche wegen Kürze der Zeit nicht erscheinen mögen, keinesweges aber denenjenigen, welche aus Nachlässigkeit nicht erschienen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeihen könnte l); solchemnach auch, qu. grav. II), weil es bey der Präclusion sein Bewenden behalten müßte, sie, auf des Supplicatens Forderung sich einzulassen nicht schuldig wären, zumal da er seine Forderung bis jetzo nicht gebührend liquidiret hätte; mithin, daß anders, als geschehen zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dürfte:

D. a. u. d. ad grav. I) Supplicat in den Gedanken gestanden daß, weil der Geheimerath von Schliestedt zu erkennen gegeben, wie das quästionirte Capital in Serenissimi höchsten Angelegenheiten verwendet worden sey, die Fürstliche Cammer dieses Capital erhalten und in ihren Nutzen verwendet habe, folgbar nicht der Geheimerath von Schliestedt, sondern die fürstliche Cammer sein Schuldner sey; er sich aber darinne geirret hat, indem, nach geschehener Untersuchung, sich gefunden, daß der Geheimerath von Schliestedt das Geld für sich behalten und in seinen Nutzen verwendet, und er, Supplicat, dahero in der von Serenissimo erhaltenen Resolution sub ⊙ num. act. 2, sich, contra praeclusionem mediante restitutione in integrum an denjenigen, der als sein wahrer Schuldner befunden wäre, zu halten, angewiesen worden sey; wie denn auch Supplicat, ehe man das decretum praeclusiuum ertheilet, noch nicht gewußt, daß der Geheimerath von Schliestedt der qu. Forderung halber sein Schuldner sey, sondern sich auf dessen Wort, daß er dieses Capital nicht selbst behalten, sondern es in den Nutzen der fürstlichen Cammer verwendet worden sey, verlassen, und dahero gegen ihn bey dem Concurs seiner Gläubiger sich nicht mit gemeldet und diese Forderung nicht liquidiret habe; solchemnach hier kein Irrthum in den Rechten, sondern in

l) *l. 16. D. ex quib. caus. maj.*

in einer That vorhanden ist, in welchen ihn der Geheimerath von Schliestedt selbst versetzet hat; auch bey der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die ehemalige alte Präscription von einem Jahre allerdings aufgehoben, und, ausser derjenigen, welche wegen eines Betruges gesucht wird m), in eine Zeit von vier Jahren, welche erst von Zeit des gehobenen Hindernisses ihren Anfang nehmen, verwandelt worden ist n); solche vier Jahr aber Supplicat noch nicht vorbey streichen lassen; so wenig, ob ausgeführten Gründen nach, daß Supplicat aus Nachlässigkeit bey dem Schliestedtischen Concurs sich nicht gemeldet habe, behauptet werden mag; vielmehr eben deswegen, weil die Präclusion, der Strenge der Rechte nach, gültig, Supplicat aber dabey ohne sein Verschulden in Schaden gekommen ist, er darwider billig in vorigen Stand gesetzet, und ihm, annoch seine vorige Klage wider Supplicanten anzustellen, nachgelassen werden muß o); dahero denn auch ad grau. II) letztere, da Supplicat seine Klage num. act. 1 wegen der ihrem Erblasser hergeschossenen 1000 Rthl. angestellet hat, auf selbige sich einzulassen, allerdings verbunden, und, weil sie durch die eingewandte Supplication den Proceß nur vergeblich aufgehalten, die hiedurch verursachten Unkosten zu erstatten schuldig sind: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

CVIII.

m) *l. fin. C. de dolo malo.*

n) *l. fin. C. de tempor. in integr. restit.*

o) *l. 2. D. de in integr. restit.* und arg. §. 5. *I. de action.*

CVIII.

Zweyter Rechtsfall

Von einer Restitution, so einem Abwesenden, wegen seiner Unwissenheit, gegen ein auf vorgängige Edictalcitation ertheiltes präclusivisches Decret zugesprochen worden, ob er gleich bey Verlust seiner Forderung und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vorgeladen gewesen.

Es verstirbet im Jahr 1771, zu Ausgang des Aprils, eine adeliche Witbe, auf ihrem im Herzogthum Gotha gelegenen Allodialgute ohne eine letzte Willensmeinung zu hinterlassen. Weil sie keine bekannte Anverwandte in dasiger Gegend hat, so werden, ihres Nachlasses halber, von der Landesregierung im May eben des Jahres Edictalcitationen erlassen, und in dreyer Herren Landen, zu Gotha, Eisenach und zu Leipzig, nicht nur öffentlich angeschlagen, sondern auch sowohl den Gothaischen, als Altonaer Zeitungen des Innhalts einverleibet, daß, wenn jemand aus einem Erbrechte oder sonstigen Schuldforderung einen rechtsgegründeten Anspruch an sothanem Nachlaße und Vermögen der Verstorbenen zu haben vermeinte, er endlich und schlüßlich, bey Verlust seiner Forderung und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, den 26sten September 1771 vor herzoglicher Regierung zu Gotha entweder in Person oder durch genugsame Bevollmächtigte erscheinen, den Grund seiner An- und Zusprüche an diesen Nachlaß deduciren und bescheinigen, widrigen Falls aber gewärtigen solle, daß er weiter nicht gehöret, sondern so fort abgewiesen, und diese Erbschaft demjenigen, welchem sie, den Rechten nach, gebühre, zugesprochen und verabfolget werde.

Es melden sich darauf in dem angesetzten Gerichtstage einige Blutsfreunde der Verstorbenen, und der Fiscal. Welcher letztere die Nichterschienenen Ungehorsams beschuldiget, und den Blutsfreunden wegen ihrer Legitimation allerhand Zweifel entgegen setzet. Wegen der Nichterschienenen erfolget von der Landesregierung die Weisung, daß diejenigen, so sich anheute nicht gemeldet, für präcludirt, ingleichen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für verlustig zu achten. Hingegen wegen

wegen der sich gemeldeten Blutsfreunde wird in einem auswärts eingehohlten Urthel erkannt, daß Imploranten als Blutsfreunde der verstorbenen N** sich zur Nothdurft legitimiret. Worauf denn auch dieselben in den Besitz dieser Erbschaft gesetzt werden.

Nachdem solches geschehen, so meldet sich ein gewisser churbayerischer Officier und zeiget an, daß er ein weit näherer Blutsverwandter wäre, als jene, welche in den Besitz der Erbschaft gesetzet worden. Er verlangte gegen obige Präclusion wieder in vorigen Stand gesetzet zu werden.

Es entstand dahero die Frage:

Ob er mit seiner Erbschaftsklage wider jene Blutsfreunde annoch zu hören sey, und sich zu einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Hofnung machen könne?

Hierwider waren folgende Zweifel vorhanden, daß erstlich, einiger Rechtslehrer Meinung nach, niemanden wegen einer ordentlichen Abwesenheit, da er nämlich von einem Orte, wo er seinen Wohnsitz nicht hat, sich anderwärts entfernt aufhält, eine Restitution zu ertheilen sey p), und zweytens, die Vorladung bey Verlust aller Ansprüche und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geschehen, auch die Nichterschienenen würklich schon durch die Weisung deren verlustig erkläret worden; eine bereits abgeschlagene Wiedereinsetzung aber nicht von neuen gesucht werden kann q).

Allein der erste Zweifel ist alsdenn, wenn sich veroffenbaret, daß jemand bey der ordentlichen Abwesenheit, wegen Entfernung der Oerter ohne alle sein Verschulden etwas unterlassen, wodurch er beträchtlich verletzet worden, ungegründet r). Sodann, den zwoten Zweifel belangend, kann eines Theils niemanden sein Erbschaftsrecht, welches ihm, den Gesetzen nach, binnen dreyßig Jahren zu verfolgen frey stehet s), wider seinen Willen entzogen werden, andern Theils verstehen sich dergleichen Ladungen nur von solchen Personen, denen das Erscheinen möglich ist, weil man niemanden zu unmöglichen Dingen verbinden kann; diejenigen aber, welchen solche Ladungen zu keiner Wissenschaft gelanget, haben nicht erscheinen mögen; dritten Theils geben solche Ladungen auch nur denenjenigen,

p) Siehe STRUV *exerc.* 8. *th.* 71.

q) *l.* 1. *l. fin. C. si saepius restitutio.* STRUV *exerc.* 8. *th.* 58. *maj.* LEYSER *spec.* 63. *med.* 7.

r) *l.* 26. §. 9. *in fin. D. ex quib. caus.*

s) *l.* 7. *C. de petit. hered. l.* 3. *C. de praescr. trig. vel quadr. annor.*

nenjenigen, welche selbige ausgebracht haben, ein Recht die freywillig Nichterschienenen wegen ihres Aussenbleibens auszuschliessen t); in dermaligem Fall aber haben nicht die zum Besitz der Erbschaft gelangten Blutsfreunde, wider welche der Officier restituirt seyn will, die Edictalcitation veranlasset, sondern die Obrigkeit hat selbige aus eigener Bewegung erlassen, und er ist nicht von ihnen, sondern von dem Fiscal Ungehorsams beschuldiget worden; vierten Theils kann gegen eine abgesprochene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur alsdenn keine andere gesucht werden, wenn vor deren Aberkennung eine ordentliche Untersuchung der Sache zum voraus gegangen u); welche aber in dermaligem Fall noch nicht geschehen, masen der Officier vor Abfassung der von der herzoglichen Landesregierung ertheilten Weisung mit seiner rechtlichen Nothdurft noch gar nicht gehört gewesen. Es kommt also blos darauf an, ob der Officier von der erlassenen Edictalcitation nichts erfahren hat? Welches doch einigermassen wegen der ausgebreiteten Zeitungen, worinne solche mit bekannt gemacht worden, wider ihn zu muthmassen ist. Kann er dieses, daß er von der Edictalcitation nichts erfahren habe, eydlich erhärten, so ist ihm, wenn er zuvor sein näheres Erbschaftsrecht dargethan, als ohne welchem die Restitution vergeblich seyn würde, seiner gerechten Unwissenheit halber, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu versagen.

Derowegen denn auch nach G ** in Februar 1773 respondiret wurde, daß, wenn der Officier, von den Edictalien nichts erfahren zu haben, eydlich erhärtet, er mit seiner gegen die gedachten Blutsfreunde der verstorbenen N** anzustellenden Erbschaftsklage billig zu hören sey, und solchenfals auch zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sich Hofnung machen könne. V. R. W.

t) *l. 16. D. ex quib. caus. maj.* *l. 4. C. de tempor. appell.* MÜLLER *ad* STRUVII *exerc.* 8. *th.* 58.

u) *l. 14. D. de exc. rei iudic.* und

Fünf=

Fünfter Abschnitt

von

Verbrechen

und

deren öffentlichen Bestrafung

Fünfter Abschnitt

von

Verbrechen

und

deren öffentlichen Bestrafung

CVIIII.

Urthel

nach C** im März 1766

Von der einem Schaafdiebe zuerkannten Strafe des Stranges.

Als uns die wider Johann Weiganden ergangenen Inquisitionsacten, so wohl was derselbe z. s. V. i. S. ü. sammt einem hochfürstlichen Pönalmandat, n. e. Fr. z. u. d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden: Hat ermeldeter Inquisit, nachdem er summarisch und Artickelsweise vernommen worden, in Gutem bekannt und gestanden,

1) daß er vor 3 Jahren, während seines Auffenthalts zu Veilsdorf ein Schaaf aus dem Gemeindestall gestohlen und solches bey Johann Peter Meißnern geschlachtet,

ad art. inqu. 15. 18 et 19.

2) daß er ferner allda aus dem Pferche einen Hammel und ein Schaaf entwendet, und an den Metzger Johann Adam Kreuchausen, daselbst, für 2 Gülden verkauft, auch einiges Fleisch von diesen Schafen bekommen habe,

ad art. inqu. 24. 25 et 26.

3) daß er, in dem abgewichenen 1765sten Jahre, gegen den Herbst, aus dem Pferch, zu Unterhohenrieth, 18 Stück Hammel dieblich ausgehoben, und fortgetrieben, vorher aber nach dem Schaafknecht Mathes Stühler, als dieser auf das Bellen seines Hundes den Kopf zum Pferch heraus gestecket, einen Schlag, und nach diesem Schlag gleich die Thür der Pferchhütte zugepflöcket,

ad art. inq. 30. 32 et 42.

4) daß er in jetztgedachtem Jahre, bey dem Schäfer zu Oeßlau, mittelst einer kleinen Leiter, durchs Fenster in dessen Cammer eingestiegen, aus einem darinne befindlich gewesenen Kleiderschrank die art. inqu. 68 beschriebenen Stücke entwendet, die Kleidungsstücke gleich an seinen Leib gethan, und dagegen sein Gewand daselbst ausgezogen und zurückgelassen habe,

ad art. inqu. 61 62 63 64 65 66 et 68.

5) daß er, zu Judenbach, gegen einen reisenden Studenten, dessen seine Sachen zu tragen, sich erbothen, als aber der Student im Walde bey Gräfenthal sich nieder gesetzet und geschlafen, mit dessen Bündel durchgegangen, darauf zu Cumbach in Arrest, und nach Rudolstadt gebracht, allda aber ans Narrenhauß geschlossen, gezüchtiget und darnach fortgeschaft worden,

ad art. inqu. 75 76 77 78 et 80.

6) daß er im Sept. 1765, den Wirth und Jäger zu Schwarzbach, bey dem er geherberget, die ad art. inqu. 85 beschriebenen Sachen gestohlen,

stohlen, und solche, nachdem er aus dem Wirthshauße zum Fenster hinausgesprungen, mitgenommen,

ad art. inqu. 82. 83. 84. 85 et 86.

7) daß er, am 2ten Oct. 1765, des Nachts, aus dem Unterwirthsstall, zu Walldorf, ein Pferd, das einem damahlen allda herbergenden Fuhrmann Johann Peter Rauchen, von Kaltensundheim, gehöret, diebischer Weise davon geritten,

ad art. inqu. 90 et 91.

8) daß er, am 3ten October 1765, zu Gradtstadt, 2 Hafergarben auf dem Felde entwendet,

ad art. inqu. 92 et 93.

9) daß er vor 5 Jahren, einem Bauer, zu Zell in Franken, eine Kuh aus dem Stalle hinweg und nach Breitenlohe geführet, und solche hernach an den dasigen Wirth um 18 fl. verkauft, das Geld aber, von demselben nicht so gleich erhalten, und immittelst der Bauer die entwendete Kuh wieder abgeholet,

ad art. inqu. 118 — 124.

10) daß er auch einstmalen von einem Gerolshofer Schuster, unterweges von Geusfeld bis Mühlau, ein Pferd bekommen, um es zu dem Gerolshofer Becker zu reiten, und daselbst auf ihn zu warten, er aber dieses Pferd über den ebraischen Wald dieblich fortgeritten, und solches unter Weges an einen Bambergischen Buchdrucker für eine Caroline und einen Laubthaler verkauft,

ad art. inqu. 125 — 129.

11) daß er wegen der num. 9 et 10 beschriebenen Diebstähle zu Zeil, arretiret, nach Bamberg gebracht und auf Landesfürstlichen Befehl als ein dreymaliger deserteur an das hohenloische Kriegsregiment ausgeliefert worden, unter Weges aber mit 5 Commandirten desertiret sey,

ad art. inqu. 131 — 134.

12) daß er, den 21sten Jenner 1764, des Nachts, aus dem Schaafstall zu Wahnfurth, 11 Stück Schaafvieh gestohlen, solches zu Atmannsdorf an den Schäfereybeständner Johann Weisen, zu Atmansdorf,

Dorf, um 33 Rthl. verkauft, und sogleich 12 Rthl. von Weisen darauf angenommen,

ad art. inqu. 144 — 149.

13) daß er etliche Tage zuvor, bey dem Wahnfurther Schäfer übernachtet, und damals aus dem nämlichen Schaafstalle, 8 Stück Schaafe gestohlen, und diese nach Rheinbach um 24 Rthl. verkauft, darauf aber kein Geld bekommen, und der Schäfer zu Wahnfurth sämmtliche gestohlene Schaafe wieder erhalten,

ad art. inqu. 154 — 158,

14) daß er, als er wieder nach Altmansdorf gekommen, allda arretiret an die Cent Donnersdorf, und von dar nach Würzburg geliefert, und ihm allda, unterm 13den Julius 1764, die Zuchthaußstrafe zuerkannt, auch an ihm vollstrecket und er, nach ausgestandener Strafe, unter der Verwarnung, daß er sich der Dieberey enthalten solle, entlassen worden,

ad art. inqu. 160 — 163

15) daß er nicht, wie er zu Coburg sich anfänglich genennet, Geiling heise, sondern dieses ein angenommener falscher Nahme sey.

ad art. inqu. 2.

Wird aber ausserdem Inquisit beschuldiget, daß er Diebscammeraden habe, daß er mit selbigen auf den Feuerplätzen gelegen, daß er die Diebssprache rede, daß er ausser dem Schlag, den er nach dem Schaafknecht Stühlern gethan zu haben bekennet, noch mehrere gethan, daß er selbigen auf den Kopf getroffen, daß dieser Stühler fortlauffen wollen, er, Inquisit, aber denselben wieder eingehohlet, und mit Gewalt wieder in in die Schaafhütte gestecket, daß er bey dieser Deube, Diebsgesellen gehabt, daß er ausser den, seinem Bekenntniß nach, gestohlenen Pferden, noch mehrere Schaafdiebstähle begangen habe; welches jedoch derselbe keinesweges auf sich kommen lassen will.

art. inqu. 5. 7. 8. 9. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 47. 48. 95. 96. 98. et 99.

Ob nun wohl in des Inquisitens Vertheidigungsschrift angeführet wird, 1) daß Inquisit, so viel den zweyten zu Veilsdorf von ihm verübten Schaaf-

Schaafdiebstahl betrift, das Geld von Kreuchausen für die ihm verkauften gestohlenen Schaafe bekommen zu haben, beständig läugne, und Kreuchaufs Vorgeben, daß Inquisit das Kaufgeld für sothane gestohlene Schaafe erhalten hätte, wenigstens noch gar ungewiß sey; dabey auch zu vermuthen stehe, daß dieser Diebstahl von Inquisiten aus Mangel und Unzulänglichkeit des Tagelohns, davon er sich, bey der zur Zeit dieser Deube in dasigen Landen gewesenen großen Theurung, erhalten müssen begangen worden; 2) daß der Schäfer zu Unterhohenrieth die ihm entwendeten 18 Stück Schaafe ohne einigem Aufwand wieder bekommen habe, auch bey des Schaafknecht Stühlers Erzehlung, als ob ihn Inquisit geschlagen habe, sich noch mancherley Zweifel finde, und besonders dieser Aussage, daß Stühler noch minderjährig sey, man ihn auch als den Denuntianten anzusehen habe, im Wege stehe; daß 3) bey der Oeßlauer Deube dem Inquisiten Theils die Ersetzung, Theils die vom Eigenthümer zugleich geschehene Remission desjenigen, was er nicht wieder erlangt hat, zu Statten komme, und die Ausübung dieses Oeslauer Diebstahls, ob gleich solche mittelst Einsteigens geschehen, an und für sich keine Todesstrafe nach sich ziehe, weil sothane Deube nicht die zu einem großen Diebstahle erforderliche Summe ausmache; daß 4) Inquisit, wegen der an dem studioso Thessedicken begangenen Entwendung, bereits zu Rudolstadt seine Strafe ausgestanden, der studiosus aber die Meubles nicht wieder verlanget habe; 5) daß in Ansehung des vom Inquisiten beym Wirth und Jäger zu Schwarzbach ausgeführten Diebstahls, die bequeme Gelegenheit zu stehlen, welche Inquisit vor sich gehabt, in Betracht kommen müsse, 6) daß das Pferd, welches Inquisit zu Walldorf diebischer Weise weg genommen, dem Eigenthümer wieder geliefert worden; daß zwar vom Inquisiten 7) wasmasen er in Zell bey Haßfurth einem aus dessen Stall eine Kuh entwendet, und 8) ein Pferd so ihm anvertrauet worden, davon geritten, und in den ebraischen Walde verkauft, ingleichen 9) aus dem Schaafstalle zu Wahnfurth, bey Nachtzeit, 11 Schaafe entwendet, und verkauft, nicht minder 10) aus dem nämlichen Stall 8 Stück Schaafe gestohlen und verkauft habe, eingestanden worden, allein aus den Acten zu ersehen sey, daß nicht nur die Bestohlenen zu dem Ihrigen wieder gelanget, sondern auch gar keinen Schaden durch diese Diebstähle gelitten hätten, gleichwohl ein Richter in der peinlichen Halsgerichtsordnung art. 160 auf den Umstand, wie hoch der Schade des Bestohlnen sich belaufe, zu sehen, angewiesen sey; daß 11) Inquisit bey seinem Verneinen, des Vorhalts, wasmasen er mit der Staupbesen-

 strafe

strafe müsse belegt worden seyn, um deswillen, weil er kurz vor seiner Arretirung, zu Rudolstadt, so empfindlich gezüchtiget worden, Glauben verdiene; 12) daß Inquisit sonst noch verschiedenes, deswegen man ihn nicht für einen incorrigiblen Dieb halten könne, für sich habe, masen er eines Theils weder jemals einen Feuerplatz besuchet, noch in Cammeradschaft mit andern Dieben gestanden, noch Gewehr bey sich geführet, worauf doch ein Richter, vermöge des hochfürstl. S. Coburgischen Poenalpatents vom Jahr 1746. §. 5, sehen müsse, worauf auch der hiesige Schöppenstuhl in den vormaligen Erkänntniß Absicht genommen habe, andern Theils Inquisit in den dasigen Landen niemals, Stehlens wegen, inne gesessen, auch nur ein einzigmal in sothanen Landen und zwar zu Oeslau gestohlen, dieser Diebstahl aber nicht beschworen, auch wieder ersetzet und resp. remittirt sey, dritten Theils, wegen des §. 21. des hochfürstl. S. Coburg. Poenalpatents, als worinne, daß ein Dieb in dergleichen Fall, als der gegenwärtige ist, aus dem Lande geschaffet werden solle, verordnet sey, bey dem Inquisiten die Todesstrafe nicht Statt finde, vierten Theils die dem Inquisiten in Bamberg zu erkannt seyn sollende Galgenstrafe betreffend, dem Inquisiten der Umstand, daß ihm weder bey seiner erstern, noch letztern Loslassung daselbst solches eröfnet, und er dafür gewarnet worden, zum Behuf gereiche, fünften Theils Inquisit von seinen gestandenen Entwendungen, wie aus den Acten erhelle, einen gar geringen oder gar keinen Nutzen gehabt habe; aus vorstehenden Gründen aber endlich, daß Inquisit lediglich mit der §. 21. des hochgedachten Poenalmandats bestimmten Strafe zu belegen sey, in der Defensionsschrift gefolgert werden will:

D. a. u. d. I), Innhalts des 162sten Artikels der peinlichen Halsgerichtsordnung, derjenige, welcher zum drittenmahl Diebstahl verübet hat, als ein verläumdeter Dieb angesehen, auch einem Vergewaltiger gleich geachtet, und darum mit dem Strange hingerichtet werden soll; der Grund dieses Gesetzes aber II) darinne, daß man von einem solchen Diebe einer Besserung sich nicht zu versehen hat, unstreitig bestehet; mithin III) bey dem Erkänntniß über den dreymal wiederhohlten Diebstahl, auf die Frage, ob diese wiederhohlten Diebstähle, deswegen ein Dieb zu bestrafen ist, die zu einen grosem Diebstahle erforderliche Summe ausmachen, es gar nicht ankömmt a), und wenn gleich IV) KRESS b) nebst einigen andern Rechts-

a) FROEL. a FROELICHSBVRG. in *Comment. ad C. C. C. Lib. 4. tit. 2. §. 2.* STEPHANI *ad eund. art. pag. 194. not. 2.* CLASEN *ad eund. art. 162. pag. 611.*

b) in *Comm. ad art. 162. C. C. C. §. 1.*

Rechtslehrern dafür hält, daß dem Sinn des hohen Gesetzgebers ganz zu wider laufen würde, Falls man den 162sten Artickel der peinlichen Halsgerichtsordnung von solchen Diebstählen, da jeder seinem Werthe nach, sehr gering wäre, und Z. E. nur etliche Pfennige oder Groschen betrüge, verstehen wollte, dennoch deren Meinung keineswegs dahin gehet, daß der dritte Diebstahl, dem Werthe nach, nothwendig so viel, als zu einem großen Diebstahle erforderlich ist, ausmachen müsse, masen diese Auslegung des 162sten Artickels mit der Absicht des hohen Gesetzgebers gänzlich streitet, als welche unzweifelhaft dahin, daß die Diebe, welche den Diebstahl so oft wiederholet haben, eben so, wie diejenigen so gefährlichen Diebstahl begangen haben, bestraft und also mit Todesstrafe beleget werden sollen, gerichtet ist; masen auch V) der vorgedachte Criminaliste KRESS c) seine Gedanken dahin, daß zwar ordentlicher Weise nicht blos der dreymaligen Reiteration halber auf die Todesstrafe zu sprechen sey, jedoch wegen einer bey einem Diebe wahr zu nehmenden besondern Incorrigibilität, die Todesstrafe Statt finde; und dann VI) eines Theils daß der Inquisit ein Mensch sey, von dem man, daß er sich bessern und vom Stehlen abstehen werde, nicht die geringste Hofnung hat, aus der vorausgesetzten Geschichtserzehlung zur Gnüge sich veroffenbahret, sintemal derselbe, besage der Geschichtserzehlung, das Verbrechen des Diebstahls so oft und mit so groser Verwegenheit wiederhohlet, auch durch die wider ihn vorgekehrten harten Zuchthauß und anderen Strafen davon nicht abzubringen gewesen, sondern, der ihm wiederfahrnen harten Züchtigungen ungeachtet, das Stehlen besonders auch den der gemeinen Sicherheit, insonderheit des Landmanns, höchstnachtheiligen Viehdiebstahl, bey welchem der Dieb, wenn er gleich noch nie Diebstahls halber bestraft worden, mit dem Strang hingerichtet werden kann d), gleichsam als ein Handwerk fortgetrieben, darneben aus Kriegsdiensten desertiret, einen Landstreicher abgegeben, und, als er in dem hochfürstlichen Amte, in Untersuchung gekommen, einen falschen Nahmen angenommen, andern Theils auch mit in Betracht zu ziehen ist, daß Inquisit an dem Unterhohenriether Schaafknecht, als er nur vermuthet, daß dieser ihm an den vorgehabten Schaafdiebstahl hinderlich seyn werde, verschiedene von dem Schaafknecht Stühlern endlich bestärkte Thätlichkeiten, die zwar Inquisit größten Theils ins Läugnen gestellet, jedoch aber einige davon eingeräumet,

c) *loc. cit.* §. 2. und *in not.* * *ad hunc Sphum.*

d) LEYSER *Tom. VIII. Sp.* 535. *med.* 18.

met, fürgenommen hat, dritten Theils unter den Diebstählen die Inquisit begangen, gar beträchtliche Entwendungen sich finden; solcher Gestalt VII) Inquisit die in obgedachtem 162 art. der peinlichen Gerichtsordnung vorgeschriebene Strangstrafe allerdings gar wohl verdienet hat; diesen Entscheidungsgründen auch VIII) die obangezogenen Zweifelsgründe nicht im Wege stehen, anerwogen ad rat. dub. 1) die Einrede eines Diebes, daß er das ihm für eine gestohlne Sache versprochene Kaufgeld von dem Käufer nicht empfangen habe, bekannten Rechten nach, keine Strafminderung an die Hand giebt; mithin dem Inquisiten sein Vorgeben wie ihm von Kreuchausen die Bezahlung der an diesen verkauften gestohlenen Schaafe nicht zum Behufe gereichet, sowohl das Fürwenden, als ob man, daß Inquisit aus Mangel zureichender Nahrung bey der damaligen theuren Zeit gestohlen, zu vermuthen habe, ebener masen unbeträchtlich ist, indem Inquisit mit Tagelöhner Arbeit, womit er damalen, seinem Anführen nach, seinen Unterhalt suchen müssen, so viel, als zu nothdürftigem Auskommen erforderlich gewesen, sonder Zweifel gar wohl erwerben können; ad rat. dub. 2) bey so öfterer Wiederhohlung des Diebstahls, als vom Inquisiten geschehen ist, die Restitution keine Strafminderung begründet e) darneben an Stühlers Beschuldigung, so weit Inquisit solche eingeräumet hat, gar nicht zu zweifeln, bey den übrigen vom Inquisiten abgeläugneten Umständen aber die gröste Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, bevorab da Stühler iuxt. fol. act. 61. seine Aussage beschworen hat, und daß er einen Meyneyd begangen haben sollte, sich gar nicht vermuthen lässet, mithin die unter dieser Nummer in den Zweifelsgründen vorgetragene Einwendungen hinwegfallen; ad rat. dub. 3) die geschehene resp. Restiution und Remißion, wie bereits in vorstehender Nummer angemerkt worden, dem Inqisiten bey dem von ihm gar vielmal reiterirten Diebstahl zur Befreyung von der Todesstrafe keines Weges dienen mag; das Einsteigen aber, wenn es auch alleine nicht zum Erkänntniß auf die Todesstrafe hinreichend seyn sollte, wenigstens so viel würket, daß Inquisit um so weniger mit der Lebensstrafe verschonet werden kann, angesehen dieser Umstand ein zuverlässiges Merkmal abgiebt, daß Inquisit zu allen Arten der Bosheit aufgeleget sey, und man zu ihm der gefährlichsten Verbrechen, Falls er seine Freyheit wieder erlangen sollte, sich zu versehen habe; ad rat. dub. 4) dieses Verbrechen wenigstens mit zum Beweiß dienet, wie Inquisit

e) *arg.* 162. *C. C. C.* LEYSER *T. VIII. sp.* 535. *med.* 16.

Inquisit auf alle Gelegenheit, wo er andern Leuten das Ihrige nehmen und Dieberey verüben können, aufmerksam gewesen sey; ad rat. dub. 5) die Umstände, unter welchen, vom Inquisiten bey dem Jäger zu Schwarzbach der von ihm eigestandene Diebstahl vollbracht worden, keinesweges eine bequeme Gelegenheit zu stehlen, zu nennen ist, da Inquisit, um diesen Diebstahl zu Stande zu bringen, aus einem Fenster springen müssen, überhaupt auch bey einem so verläumbdeten Diebe, als Inquisit ist, die Einrede der bequemen Gelegenheit zu stehlen unanwendlich ist; ad rat. dub. 6) dieser Einwurf bereits in vorhergehenden seine Erledigung erhalten hat; ad rat. dub. 7) 8) 9) et 10) die hier abermals vorgebrachte Einrede der Restitution hinwegfällt, und der Einwurf, als ob ein Richter, nach Vorschrift des art. 160 darauf, wie groß der Schade des Bestohlenen sey, sehen müsse, ebener Masen unerheblich ist, weil ein Dieb, der den Diebstahl so oft wiederhohlet hat, nachdem art. 162 C. C. C. in der Strafe einem Vergewaltiger, bey dessen Bestrafung es nicht auf das quantum ankömmt, gleich geachtet werden soll, ad rat. dub. 11) Inquisit bey der Verneinung des Verdachts, daß er die Staupbesenstrafe ausgestanden haben müsse, aus des Scharfrichters fol. act. 6a enthaltenen Aussage gar große Wahrscheinlichkeit wider sich hat; dazu aber, daß seinem blosen Läugnen Glauben beygeleget werde, kein Grund vorhanden ist; jedoch auf diesem vom Inquisiten ins Läugnen gestellten Umstand, in dieser Inquisitionssache wenig ankommt; ad rat. dub. 12) das Anführen, als ob Inquisit, weder auf Feuerplätzen sich aufgehalten, noch in einer Diebsgesellschaft stehe, noch je Gewehr bey sich geführet, nicht in Betrachtung kommen mag, indem aus den vorangesetzten Entscheidungsgründen wasmasen andere zum Spruch auf die Lebensstrafe zureichende Ursachen da seyn, sich sattsam ergiebet; darneben in dem Spho 1. des hochfürstl. Coburgischen Pönalpatents der Richter, nach der peinlichen Gerichtsordnung zu sprechen angewiesen ist, und die hier angenommenen Entscheidungsgründe darauf gebauet sind, das Anziehen hingegen, als ob man vormals in dem hiesigen Recht-collegio in einem ähnlichen Falle, nicht auf eine Lebensstrafe gesprochen habe, dem gegenwärtigen Erkentniß nicht im Wege stehet, gestalten bey der jetzigen Inquisitionssache, solche Umstände vor Augen liegen, welche, auf Todesstrafe zu sprechen, erfordern, die übrigen in den Zweifelsgründen unter dieser Nummer enthaltenen Entwendungen auch sämtlich so beschaffen sind, daß sie ein anderes Erkenntniß, als die Entscheidungsgründe mit sich bringen, nicht veranlassen können:

So ist derowegen Inquisit, daferne er vor gehegtem hochnothpeinlichen Halsgerichte auf seinem Bekenntniß beharret, oder dessen, wie recht, überführet wird, seiner zu oft wiederhohlten malen begangenen und gestandenen Diebstähle halber, andern zum abschreckenden Exempel ihm selbst aber zur wohlverdienten Strafe, mit dem Strange vom Leben zum Tode zu richten. V. R. W.

CX.

Urthel

nach B** im Monath Junius 1772.

Von der Strafe eines Mörders und Menschenfressers.

Als Uns die wider Johann Nicolaus Goldschmidten ergangenen Inquisitionsacten und was derselbe zu seiner Vertheidigung in Schriften übergeben lassen, auch was wider des Inquisitens Eheweib, Dorotheen Elisabethen Goldschmidtin vorgekommen, nebst einer Frage, zugeschicket und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen wir vor Recht.

Daraus so viel zu befinden: Hat ermeldter Johann Nicolaus Goldschmidt bey den summarischen und artikulirten Verhör in Güte bekannt und gestanden, daß er am 2ten April dieses laufenden Jahres, als an dem Tage der Vorbereitung zum großen Bußtage, über die Brandstätte hinaus vor das Dorf und bey dem Eichelborner Teich, welcher damalen gefischet worden, vorbeygegangen, allda der Even Magdalenen Schönemannin Tochter, Eva, ein Mädgen von 10 bis 11 Jahren, sich befunden, er auf selbige genau Acht gehabt, und ihr, als sie nach Hause gehen wollen, in seiner Haußthür, in der Absicht sie zu ermorden, aufgepasset,

act. inquis. 34 - 51.

auch selbige, als sie von dem Teiche nach Hause gehen wollen, zu sich gerufen, und sie unter dem Vorwand, daß sie nach seinem Seiger sehen solle, in seine Stube gelocket, alwo das Mädgen auf die dem Seiger gegen über stehende Banck sich niedergesetzet, und, als sie nach dem Seiger Rädern gesehen, auch ihn gefragt, was dann das vor ein Ding da oben wäre, das so lebte, er besagtes Mädgen rückwärts bey dem Kopf, den Haaren und der Mütze ergriffen, und selbigem zwey Schnitte mit

mit dem in der Hand gehabten Messer in die Kehle hin und her gegeben, worauf das Kind zur Erde gefallen, und noch geröchelt, dem er sodann mit dem Messer das Genicke abstechen und den Kopf abschneiden wollen, solches aber mit dem Messer nicht bewerkstelligen können, dahero er eine Barte ergriffen und das noch lebende Kind damit einigemal auf den Kopf geschmissen, sodann selbigem das Genicke eingehauen, und es solchergestalt ermordet,

art. inquis. 52 = 80,

hierauf aber, nachdem er das Blut mit einem alten Lappen aufgetrocknet, den Körper entkleidet, selbigen in viele kleine Stücken zerhauen, die Kopfhaut samt den Haaren abgezogen, selbige in seinen Beichtrock gestecket, und den Kopf, wie auch die Finger und Zähen, zerhauen, und in dem Ofen unter den sogenannten Höllenstein verbrannt, jedoch entweder die Finger oder die Zähen, auf den Mist geworfen, das zerhackte Menschenfleisch anfänglich auf seinen Haußboden, des folgenden Tages aber, unter der Bußtagskirche Vormittags, in einem Sacke in Urban Geists Keller getragen, jedoch ohngefähr ein halbes Pfund von selbigem gekochet, und drey Stücker Daumens lang davon gegessen habe, solches alles auch von ihm, theils, um sich im Fall es an Brode fehlen würde, in Proviant zu setzen, theils aus Neugierde, um Menschen Fleisch zu essen, geschehen, und er diese erschreckliche Mordthat vorsätzlicher und boshafter Weise bey vollkommenen Verstande verübet habe,

art. inquis. 81 = 114.

wie er denn auch schon vor dieser That, nämlich 3 bis 4 Tage nach Michael 1771 in dem sogenannten Jesuiter Holtz, einen fremden ihm unbekannten Handwerksburschen, von welchem er geglaubet, daß er ihm das Vieh bößelnd gemacht, mit einem Hirtenknittel dergestalt hinter das linke Ohr geschlagen, daß selbiger sogleich zur Erde gefallen, und ihm das Geblüte stark zum linken Ohre herausgeschossen, auch, als er nach dem Fall annoch gezappelt, ihm noch ein paar Schläge auf die Schienbeine gegeben, und, nachdem er gar tod gewesen, ihn in den Busch geschleppet,

art. inquis. 125 = 162.

sodann er den Tag hernach den todten Körper entkleidet, die Kleider, nebst einem paar alten Stiefeln, einem gelbrauchlederren Schnapsack, einem Einschlagmesser, und einem Nähezeug des Ertödteten an sich genommen

und

und geraubet, den Körper selbst aber mit einer Barte in vier Stücken zerhauen, und diese, theils um davon zu essen, theils um damit seinen Hund zu füttern, nach Hause getragen, sie gekochet, zwey Stückgen davon gegessen, und mit dem übrigen den Hund gefüttert,

art. inquis. 170 - 234.

auch vorbesagte geraubte Sachen bey ihn vorgefunden, und mit Vorsatz bey guter Vernunft die Mordthat von ihm begangen worden,

art. inquis. 173 - 186, 192, 211, 217, 235, 236, 237, 238, 239, und 240.

nicht minder er verschiedene kleine Diebstähle verübet, und bey Hornen eine Holzhiepe, bey Urban Geisten einen Dreyfuß desgleichen Hannß Heinrich Herren eine Henne gestohlen habe.

art. inquis. 287.

Ob nun wohl 1) bey beyden vom Inquisiten, dessen Geständniß nach, verübten Mordthaten das corpus delicti in keiner völligen rechtlichen Gewißheit seyn dörfte, massen, nach Vorschrift Käyser Carls des fünften Halsgerichtsordnung, Artickul 149, der Richter, sammt zweyen Schöppen, dem Gerichtsschreiber und einem oder mehrern Wundaerzten, den todten Körper mit Fleiß besichtigen, und alle seine empfangene Wunden, Schläge, Würfe, wie jedes erfunden und ermessen würde, fleissig merken und verzeichnen lassen soll; dieses aber bey dem ermordeten Schönemannischen Kinde nicht beobachtet, sondern nur, besage fol. act. 17, die noch vorhandenen Fleischstücken an den Rath und Hofmedicum Müller nach W** gesendet, und von diesem das visum repertum zu den Acten fol. act. 33 und 36 gegeben, also die Besichtigung nicht in Gegenwart des Gerichtsschreibers vorgenommen worden, weshalb selbige vor legal zu halten seyn dörfte; zumal da die Mutter des Kindes die zerhakten Fleischstücken nicht in Augenschein genommen, noch, daß solche von ihrer Tochter seyn, erkläret hat; mithin, ob die von den Wundärzten besichtigten Stücke von dem Schönemannischen Kinde gewesen, nicht ganz ausser Zweifel seyn möchte; sodann 2) von dem, nach Inquisitens Angeben, im vorigen Herbste 3 bis 4 Tage nach Michael, erschlagenen Handwerkspurschen, weiter nichts, als die Kleidungsstücke vorhanden sind; von diesem aber, ob es würklich des Erschlagenen Kleider sind, ebener Masen die völlige Gewißheit ermangelt, indem, ausser Inquisitens Geständniß, keine

keine mehrere Nachricht vorhanden ist, und so gar auf die in den Zeitungen und dem Wochenblatte geschehene Bekanntmachung und derselben beygefügte Beschreibung des Ermordeten sich Niemand gefunden, so von der beschriebenen und angeblich ermordeten Person einige Nachricht geben können, und selbst die in Inquisitens Hauße vorgefundenen Knochen, nach Innhalt des Gutachtens fol. act. 78 nicht sicher für Menschenknochen erkannt werden mögen; darneben 3) aus den Rechten bekannt, daß das blosse Geständniß eines Inquisitens bey ermangelnder völligen Gewißheit des corporis delicti, zu einem Erkänntniß auf die Todesstrafe überhaupt nicht hinreiche, am wenigsten aber auf die ordentliche in den Gesetzen auf ein Verbrechen gesetzten Art der Todesstrafe erkannt werden mag f); und dieses 4) in dem vorliegenden Fall um so mehr in Betracht zu ziehen seyn dörfte, als Inquisit fol. act. 140 nicht undeutlich verrathen hat, daß er seines Lebens müde sey, dahero zu vermuthen stehet, daß er, um vom Leben zu kommen, ein mehreres, als er würklich begangen, eingestanden habe; hiernächst wenn auch 5) das corpus delicti für hinlänglich berichtiget angenommen werden könnte, dennoch in den Acten verschiedene Umstände sich finden, so Inquisitens Strafe mindern dörften, in Betracht derselbe mit einer Art der Melancholie behaftet zu seyn, und bey der jetzigen ausserordentlichen Theurung in einer ziemlichen Verzweifelung sich befunden zu haben scheinet, gestalten derselbe, daß er das Schönemannische Kind in der Absicht ermordet, um sich in Proviant zu setzen, wann Brod mangeln würde, bey dem 102 und 115 Inquisitionsartickul vorgiebet; auch nicht glaublich ist, daß ein vernünftiger Mensch, Falls nicht bey ihm die äusserste Noth und Verzweifelung ist, Menschenfleisch zu fressen, sich entschliesen werde; überdieß 6) aus den Acten zu Tage lieget, daß Inquisit leichte von der Hitze und Bosheit übereilet werde, also gar wohl möglich ist, daß er aus Jähheit, Hitze und Zorn übereilet, die Mordthaten begangen habe; solchen Falls aber, nach Vorschrift der Carolinischen Halsgerichtsordnung, Artickul 137, nicht die Strafe des Rades, sondern nur die Schwerdstrafe erkannt werden mag; dahero, daß Inquisit nicht mit dem Rade, sondern mit dem Schwerde vom Leben zum Tode zu bringen sey, es das Ansehen gewinnet:

D. a. u. d.

f) *l. 1. §. 17. D. de quaestion.*

D. a. u. d. Inquisit bey dem 146 sten und 217 den Inquisitionalarticul eingestehet, daß er den fremden ihn unbekannten Handwerkspurschen aus blossen Argwohn, als ob derselbe ihm das Vieh wilde gemacht, vorsätzlicher Weise erschlagen, und gleich bey dem Ausschlagen den Gedanken gehabt, ihn auf dem Flecke tod zu schlagen; ingleichen derselbe, daß er seit der Zeit, da er diesen Mord begangen, immer Mordgedanken gehabt, bey dem 162sten Inquisitionalarticul bekennet; sowohl, daß er dem Schönemannischen Mädgen, in der Absicht, dasselbe zu ermorden, in seiner Haußthür aufgepasset, solches auch, als er vom Teiche zurückgekommen, zu sich gerufen, und in dem bösen Vorsatz, es umzubringen, unter dem Vorwand, daß es seinen Seiger sehen solle, zu sich in sein Hauß gelocket, und es daselbst hinterwärts bey der Mütze und Haaren ergriffen, selbigem zwey Schnite in den Halß gethan, sodann ihm mit dem Messer das Genicke abstechen wollen, und, als er solches nicht bewerckstelligen können, ihm mit der Barte einige Schläge auf den Kopf gegeben und das Genicke eingehauen habe, bey dem 44sten und folgenden Inquisitionalarticuln umständlich eingestanden hat; nicht minder derselbe die ermordeten Personen beraubet, und mit dem todten Körpern auf das grausamste umgegangen, selbige in kleine Stücken zerhacket, davon etwas gegessen, mit dem Fleisch des ermordeten Handwercksburschen seinen Hund gefüttert und den Kopf des Schönemannischen Kindes im Ofen verbrennet, desgleichen die abgehauenen Finger und Zähen Theils in den Mist, Theils in den Ofen geworfen hat; hieraus aber, daß Inquisit vorsätzlich auf eine grausame Art zwey Mordthaten verübet habe, genugsam zu Tage lieget; und dann ein solcher vorsätzlicher Mörder, nach Vorschrift der Carolinischen Halßgerichtsordnung, Articul 137, mit dem Rade vom Leben zum Tode gebracht werden soll; auch Inquisit etwas, so eine Milderung dieser gesetzlichen Strafe bewürken könnte, mit Grunde nicht für sich anführen kann, in näherer Erwägung ad 1) das corpus delicti, so viel das Schönemannische Kind betrift, völlig ausser Zweifel ist, indem nach eydlicher Aussage der Schönemannin, ihr Kind den 2ten April dieses Jahres früh 7 Uhr frisch und gesund in die Schule gegangen, sodann dasselbe um Mittagszeit bereits vermisset, und Tages darauf dessen Körper ohne Kopf und in viele Stücken zerhackt gefunden worden, dahero, daß sothanes Kind gewaltsamer Weise ermordet worden, nicht den mindesten Zweifel leidet, und bey diesen klar vor Augen liegenden Umständen, zu Berichtigung des corporis delicti der in dem 149ten Articul, der Carolinischen Halßgerichtsordnung vorgeschriebenen Solennien es gar nicht bedurft hat,

hat g), als welche, nach Innhalt dieses Artickuls, nur alsdenn, wenn über die Letalität der zugefügten Verwundung Zweifel entstehen kann, erforderlich sind; in gegenwärtigem Falle hingegen einiger Zweifel um so weniger sich machen läst, als die Abhauung des Kopfes und Zerhackung des Körpers ohne Tödtung nicht gedacht werden mag; und, wenn gleich die Schönemannische Mutter die zerhackten Fleischstücken aus Wehmuth nicht beaugenscheinigen wollen, dennoch selbige die bey dem zerstückten Körper gefundenen Kleidungsstücke für ihrer entkommenen Tochter Kleider erkannt, und dadurch den gewaltsamen Tod ihrer Tochter ausser Zweifel gesetzet hat; hiernächst ad 2) Inquisitens Geständniß, daß er 3 bis 4 Tage nach Michael vorigen Jahres, in dem so genannten Jesuiterholz, einen fremden Handwerkspurschen todgeschlagen habe, einen ziemlichen Grad der Gewißheit erhält, daß bey selbigem ein mit Blut befleckter Rock und Hemde, nebst andern Kleidungsstücken, Stiefeln, Nähekussen und einem gelbrauchledernen Schnapsack gefunden worden; sodann Inquisit, daß er diese Sachen dem Ermordeten abgenommen habe, und das daran befindliche Blut von dem Ermordeten sey, umständlich bekennet; auch die Richtigkeit dieses Geständnisses um deshalb glaublich wird, weil Inquisit diese Sachen vor seinem Weibe größtentheils verheimlichet, und von denjenigen, so er derselben sehen lassen, nicht sagen wollen, woher er solche erhalten habe; und wann gleich hierdurch das corpus delicti nicht ausser allen Zweifel gesetzet ist, dennoch Inquisit, weil er, seinem Geständniß nach, mit dem Fleische des Ermordeten seinen Hund gefüttert hat, durch seine eigene boshafte und unmenschliche Handlung selbst behindert, daß das corpus delicti nicht zur völligen Gewißheit gelangen kann; auch Inquisit bereits eine andere Mordthat, deren corpus delicti völlig gewiß ist, verübet zu haben, eingestanden, und dadurch das Leben verwürket hat; also nicht wahrscheinlich ist, daß selbiger, um von den Leben zu kommen, etwas, so er nicht begangen hätte, fälschlich eingestehen sollte; und wann gleich ad 3) den Rechten nach, auf das blosse Geständniß eines Inquisiten keine Todesstrafe erkannt werden kann, dennoch in den vorliegendem Falle nicht blos Inquisitens Geständniß, sondern das zerhackte Schönemannische Kind von der verübten grausamen That den vollkommensten Beweiß giebet, und daß ad 4) Inquisit, aus Begierde vom Leben zu kommen, ein mehreres, als er würklich verbrochen, gestanden habe, sich

g) BOEHMER *ad* CARPZOVII *pract. crim. lib. II.* §. 81. *not.**). *crim. qu.* 26. *obs.* 3. ENGAV in *elem. iur.*

sich aus fol. act. 140 nicht folgern läst, vielmehr hieraus nur so viel abzunehmen ist, daß Inquisit, nachdem er zur gefänglichen Haft gebracht, der verdienten schweren Todesstrafe durch Verkürzung seines Lebens vorzukommen suchet; auch ad 5) daß Inquisit aus Melancholie und Verzweifelung die von ihm eingestandenen Mordthaten verübet habe, um deshalb sich nicht behaupten läst, weil eines Theils derselbe, daß er die Mordthaten bey gutem Verstande begangen habe, bey dem 235ten Artickul selbst eingestehet, solches auch das medicinische Gutachten fol. act. 141 genugsam bekräftiget, und die Zeugenaussage fol. act. 87 seq. bestärken, andern Theils die Acten besagen, daß Inquisit zu der Zeit, da er seine unmenschliche Thaten begangen, noch würklich Brod gehabt, und demselben in der Folge, wenn er seine Noth entdecket, und barmherzige Leute angesprochen hätte, es an Brode nicht ermangelt haben würde; überdies ad 6) Inquisitens hitziges Temperament keinen Grund zu Milderung der Strafe abgeben kann, da derselbe von dem Schönemannischen Kinde so wenig, als von dem ermordeten Handwerkspurschen beleidiget worden, also keine Ursache, wodurch er in Hitze gesetzet werden können, sich gedenken läst, auch Inquisit wenigstens bey dem Schönemannischen Morde, daß er solchen aus Zorn und Hitze verübet, nicht einmal vorgegeben; und solchemnach etwas, so ihn von der auf den vorsätzlich begangenen Mord gesetzten Strafe des Rades befreyen könnte, nicht für sich hat, vielmehr diese Strafe, in Betracht Inquisit die ermeldeten Körper auf das grausamste behandelt hat, nicht unbillig zu erschweren ist h):

So ist derowegen ermeldeter Johann Nicolaus Goldschmidt, Falls er auf seinem gethanen Geständniß vor gehegtem hochnothpeinlichen Halsgerichte beharret, oder dessen sonst, wie Recht, überwiesen wird, seiner begangenen und gestandenen Missethaten halber, mit dem Rad, jedoch daß damit zuvor ihm die Glieder, nämlich die Schenkel und Arme zerstoßen werden, mithin von unten auf von Leben zum Tode zu bringen, auch, nach vollbrachter Execution, der Körper, andern zum Abschen auf das Rad zu legen

h) nam exasperationis poenae causa est quoque illa, si occisor caede non contentus in cadauer mortuum saeuit, quod insatiabilem crudelitatem tanquam summum proteruiae gradum notat. BEYER *ad C. C. C. art.* 137. *th.* 16. BOEHMER *ad C. C. C. art.* 137. §. 13.

legen und zu flechten. Dahingegen ist wider dessen Eheweib in Ermangelung mehreren Verdachts, weiter nichts vorzunehmen. V. R. W.

CXI.

Urthel

nach M** in Jenner 1772.

Von der Schwerdtstrafe eines Mörders, welcher mit entfernten Vorsatze eine Weibesperson ums Leben gebracht hat.

Als uns die wider den gewesenen Contingents Mousquetier, Johann Georg Dosten, ingleichen wider Catharinen Margarethen Heylerin, Barbaren Johannen Krellin und Margarethen Bartholmäßin ergangenen Inquisitions- und resp. Untersuchungsacten, in VI. St. u. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden: Hat ermeldter Inquisit, Johann Georg Dost, nachdem er summarisch und Artikelsweise vernommen worden, in Güte bekannt und gestanden,

1) daß er am 4ten März des nächstverwichenen 1771sten Jahres, zwischen 11 und 12 Uhr Vormittags, in des Fuhrmanns Krells Haus gegangen,

ad art. inquis. 7. und 64.

und die jüngere Krellsche Tochter Marien Elisabethen gefraget: ob sie es ihrem Vater gesaget, daß er sein Geld haben wolle?

ad art. inquis. 65.

auch, als diese, seinem Angeben nach, darauf geäußert: ihre Leute wären ihm nichts schuldig, sie wollte ihm aufs Maul hofiren,

ad art. inquis. 67.

sie nochmals, ob er sein Geld bekommen sollte? gefraget, und, da sie ihm wieder jene Antwort, mit dem Zusatz, er sollte seiner Wege gehen, gegeben, dieselbe mit seinem Seitengewehr überfallen,

ad art. inquis. 70.

und mit dessen Gefäß ihr viele und alle Schläge dergestalt auf den Kopf gegeben, daß, als sie bey dem zuerst oben auf den Kopf erhaltenen Schlag geschrien, was soll das seyn, er dadurch erst recht böse geworden,

ad art. inquis. 73. 74. 77. 78. 79.

und solche Gewalt an ihr verübet, daß, nachdem sie darüber zu Boden gefallen, er dennoch, als sie gelegen, auf ihren Kopf in der Mase loßgeschlagen,

ad art. inquis. 83 und 84.

daß davon sein Seitengewehr zum Theil blutig und gar beschädiget worden,

ad art. inquis. 90. und 125.

2) daß er sodann das vor der Cammer gelegene Schloß mit einem auf den dabey stehenden Schrank gelegenen Hammer abgeschlagen,

ad art. inquisit. 94. 95. 96.

die in der Cammer befindliche Lade eröfnet, und das im art. inquis. 101 specificirte Geld daraus genommen,

ad art. inquis. 97. und 98.

und damit fortgegangen,

3) daß er jetztgedachtes Geld nebst andern im art. inquis. 16 und 38. specificirten Gelde und Sachen vorhero seinen Eltern gestohlen und den Fuhrmann Krell zugebracht,

ad art. inquis. 15. 21. 22. 37 und 39, desgleichen fol. act. 87.

4) daß er seinen ehemaligen Lehrherren, den Sackglaser Bartholmäß, zweymal bestohlen, und sich dabey, zu Eröfnung der auf dem Boden gestandenen Lade, eines selbst dazu verfertigten Hackenschlüssels bedienet, fol. act. 173 und 179

5) daß er mit des Tambours Heylers Eheweib, Catharinen Margarethen oft Ehebruch getrieben.

ad art. inqu. addit. 18 der Untersuchungsacten sub ⊙ fol. 12b.

Ob nun wohl zu Inquisitens Vertheidigung angeführet wird, daß er nicht aus böser Absicht, die Krellin zu ermorden, sondern nur um sein Geld,

Geld, welches deren Vater von ihm bekommen, zu fordern, in das Krellische Hauß gegangen wäre,

ad art. inqu. 7. 43 und 44.

dieserhalb auch, wie die vom Ostheimer Bothen, welcher zu der Zeit ebenfalls ins Krellische Hauß gekommen, erstattete Aussage fol. act. 61 bestärkte, mit der verunglückten Krellischen Tochter ganz freundschaftlich gethan und mit ihr gelacht,

ad art. inqu. 68.

und, weil er kurze Zeit vorher, als er eben im Schlosse auf der Wache gestanden, zu derselben gesprochen, wie sie ihrem Vater, daß er sein Geld haben wolle, sagen möchte, sie nunmehro darüber, ob sie solches ihrem Vater gesaget habe, befraget,

ad art. inqu. 65 und 66

diese ihm aber darauf die schimpfliche Antwort: ihre Leute wären ihn nichts schuldig, sie wollte ihm aufs Maul hoffiren und er sollte seiner Wege gehen: gebeben,

ad art. inqu. 67 und 70

und ihn dadurch, als einen jungen Menschen von 18 Jahren, dem ohnehin der vorhero um zwey Creuzer getrunkene Brandwein ein wenig in den Kopf gestiegen,

ad art. inqu. 59 und 62

so aufgebracht, daß er mit dem Gefässe seines als Mousquetier bey sich geführten Seitengewehres, ohne dieses zu entblössen, selbige auf den Kopf geschlagen, und, weil sie geschrien, was soll das seyn, hierdurch erst recht böse geworden, und die Schläge, um sie nur recht zu prügeln, nicht aber sie zu Boden zu schmeissen oder todzuschlagen, auf den Kopf, weil er geglaubet, es würde nichts zu bedeuten haben, wiederhohlet,

ad art. inqu. 71. 73. 74. 75. 81. 82. 83. 84. und 86.

und iuxt. fol. act. 55 b nicht eher, als bis sie gelegen, den Sinn, das Geld zu stehlen, gehabt; dieses Geld aber auch, so er aus der in der Cammer befindlichen Lade geholet, iuxt. fol. act. 87 b eben dasjenige gewesen sey, welches er seinem Vater gestohlen und Krellen überbracht, auch sein Vater selbiges zum Theil fol. act. 86 und 106 erkannt, und des nunmehro verstorbenen Krells Vorgeben fol. act. 92 b, woher er das Geld bekommen haben

haben wollte, iuxt. fol act. 107, 157, und 158, unrichtig befunden worden; überdem er, Inquisit, gleich nach der That, als er das Geld geholet, erst wieder in die Stube, um die Krellin, welche ihn gedauret, aufzuheben, gegangen,

ad art. inqu. 106.

und sein Verbrechen sowohl bey seiner Arretirung, iuxt. fol 9b actor. commiss. als bey seiner summarischen Vernehmung fol. act. 16b seq. und 58 seqq gleich freywillig gestanden; zu den Diebstählen und dem Ehebruch aber böse Leute, der verstorbene Fuhrmann Krell und die Herlerin ihn verführet hätten; mithin, daß Inquisit mit keiner Lebensstrafe zu belegen sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. die peinliche Gerichtsordnung Kayser Carls des Fünften art. 137, daß ein fürsätzlicher muthwilliger Mörder mit dem Rade, und ein anderer, der einen Todtschlag aus Jäheit und Zorn gethan, und sonst keine rechtmässige Entschuldigung hat, mit dem Schwerdte vom Leben zum Tode gestraft werden solle, deutlich verordnet; Inquisit nun aber nach dem viso reperto fol. act. 22 seqq. und dem Sectionsbericht fol. act. 34 seq. der Krellin 35 Wunden zugefüget hat, diese aber durch solche Stösse und Hiebe verursacht worden, von welchen iuxt. vis. repert. fol. 23a etliche so beschaffen gewesen, daß ein jeder, bey schlechter Aufsicht, ihr gleich das Leben hätte rauben können, masen auch dadurch ihre Hirnschale, wie an den mitüberschickten Ueberbleibseln zu ersehen, in viele Stücke zerstossen worden, und es noch zu verwundern ist, wie die Krellin, nach der an ihr verübten grausamen That, iuxt. fol. act. 34, annoch 8 Tage 6 und eine halbe Stunde leben können; und wenn gleich Inquisit nicht einräumet, daß er die Krellin durch die Schläge, welche er selbiger mit dem Gefäs seines Seitengewehres gegeben, tödten wollen, sondern vorgiebet, daß er, sie nur recht zu prügeln, die Absicht gehabt,

ad art. inqu. 81.

er dennoch, seinem Geständniß nach, schon vier Tage vor dieser bösen That, als er hinter der Mauer zu des Corporals Kuhhirts Eheweib gekommen und hinter selbiger sein Seitengewehr entblösset gehabt, zu derselben die Worte: er thäte noch einen Mord; gesprochen, und, als diese darauf versetzet, gewiß an einem Hunde? er darauf dieses: Nein, an des Krellens Mädgen: geantwortet, und auf die Abmahnung der Kuhhirtin: er solle es nicht thun, es wäre ja ein armes Mädgen, und ihr

Vater

Vater sein Taubenhändler: derselben die Antwort: es käme eben daher gegeben hat;

ad art. inqu. 45 bis 53 fol. act 149 b seqq.

und wenn er auch ferner, daß er, nach dieser Drohung, in der Absicht die Krellische Tochter zu ermorden, den 4ten März in das Krellische Hauß gegangen sey, fol. act. 151 nicht eingestehet, und also den eigentlichen Vorsatz leugnet, dennoch derselbe, Falls auch die schimpfliche Antwort, welche ihm die Krellin, auf seine Frage: ob er sein Geld bekommen sollte? gegeben haben soll, wahr wäre, nicht auf eine so unmenschliche Art mit ihr umgehen, und ihr nicht so viele Schläge mit dem Gefässe auf den Kopf,

ad art. inqu. 79

in solcher Menge, daß er nur so viel, wie er ihr viele Schläge gegeben, aber nicht einmal, wie viel derselben gewesen, zu sagen weiß,

ad art. inquis. 78

geben, und sie sogar, als sie schon zu Boden gelegen, nicht annoch auf den Kopf dergestalt schlagen sollen,

ad art. inquis. 83 und 84

daß davon sein Seitengewehr zum Theil blutig und gar beschädiget worden,

ad art. inquis. 90 und 125

gestalten er bey der darauf gefaßten bösen Absicht, sie nur recht zu prügeln,

ad art. inquis. 81

gar leicht den Erfolg vorhersehen können, daß er nämlich durch ein solches Instrument, und durch solche Art der Schläge, an dem Kopfe eines jungen Mädgens von 16 Jahren, dieses nothwendig tödten würde, solchem nach Inquisit wenigstens einen entfernten Vorsatz (animum indirectum) die Krellin ums Leben zu bringen, gehabt hat i); welcher, ohne vorgängiges Erkänntniß auf die Marter, um den Verbrecher dahin zu bringen, daß er den eigentlichen Vorsatz eingestehe, zur Anwendung der Strafe des

i) KOCH in *institut. iur. crim.* §. 139. BOEHMER *medit. in constit. crim. Car.* und 140. *edit. nouiss. de an.* 1770. Dn. de *art.* 137. §. 6.

des Gesetzes, schon hinreichend ist k); indessen die Minderjährigkeit, wenn die Rede von der äusserlichen Schärffung oder Linderung schwerer Todesstrafen ist, billig in Betracht gezogen wird, daß, obschon die Todesstrafe nicht zu erlassen, dennoch von mehrern die gelindere zu erwählen ist l); Inquisit nun aber zur Zeit seiner begangenen bösen That erst 18 Jahr alt gewesen, iuxt. fol. act. 16 b, und überdem die nicht ganz unwahrscheinlichen Emreden, daß er aus Jäheit und Zorn, weil die Krellin ihm die Antwort: sie wollte ihm aufs Maul hoffiren, gegeben, ihm auch der getrunckene Brandtewein etwas in Kopf gestiegen, zu der bösen That gereizet worden sey, nicht gänzlich ausser Acht zu lassen sind;

fol. act. 55 b 58 b und ad art. inquis. 62 und 70

mithin Inquisit zwar mit der Strafe des Rades, keinesweges aber mit der Schwerdtstrafe zu verschonen ist, sondern er die letztere, ohne einmal auf die andern geringern Verbrechen zu sehen, gar wohl verdienet hat:

So ist derowegen Inquisit Johann Georg Dost, daferne er vor gehegtem hochnothpeinlichen Halßgerichte auf seinem Bekänntniß beharret, oder dessen, wie Recht, überführet wird, seines an Marien Elisabethen Krellin begangenen und gestandenen Todschlages halber, andern zum abschreckenden Exempel, ihm selbst aber zur wohlverdienten Strafe, mit dem Schwerdte vom Leben zum Tode zu richten.

Da hingegen *II)*, Catharinen Margarethen Heylerin betreffend, wider dieselbe zuförderst mit der Specialinquisition zu verfahren, derowegen aus den wider sie ergangen Acten gewisse Inquisitionalartickel zu ziehen, sie darüber umständlich zu vernehmen und alles, gehörigen Fleißes, niederzuschreiben. Worauf und wenn solches geschehen, die Inquisitin auch mit ihrer Defension vernommen worden, in dieser Inquisitionssache ferner ergehet, was Recht ist. Uebrigens ist

III)

k) *l. 15. D. l. 1. C. ad leg. Corn. de siccar. l. 6. 7. C. ad leg. Iul. de vi publ.* DAN. NETTELBLADT diss. *de homicidio ex intentione directa commisso.* Hal. 1756. GVIL. HIER. BRVCKNER. progr. *an homicidium absque animo necandi sit capitale, et vnde probetur is animus? occas. l. 14. D. ad leg. Corn. de siccar.* Ien. 1712. QVISTORP in Grundsätzen des teutschen peinlichen Rechts §. 189.

l) KRESS ad *art. 179. C. C. C. §. 2.*

III) wider Barbaren Johannen Krellin und Margarethen Bartholmäsin, in Ermangelung mehrern Verdachts, weiter nichts vorzunehmen. V. R. W.

CXII.

Urthel

nach G** im September 1771.

Von einem mit Staupenschlägen und der ewigen Landesverweisung bestraften Diebe, welcher neun Diebstähle Theils durch Einsteigen verübet, Theils bey dem Einsteigen und Erbrechen anderer Diebe mit befördern helfen.

Als uns die wider Johann Caspar Hartungen ergangenen Inquisitionsacten, sowohl was derselbe zu seiner Vertheidigung in Schriften übergeben, in zweyen Stücken, u. c. F. z. u. d. u. R. B. g. w. d. f. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden: Hat ermeldeter Inquisit Johann Caspar Hartung, nachdem er summarisch und Artickelsweise vernommen worden, in Güte bekannt und gestanden,

1) daß er bey dem Seiler Linken, zu Gräfenthal, einen Diebstahl in der Maße, daß sein Bruder, Johann Wolfgang Hartung in das offen gestandene Fenster eingestiegen, die Sachen herausgeworfen, und er, Inquisit, selbige angenommen und weggetragen, auch nachhero mit seinem Bruder getheilet, verüben helfen,

ad art. inquis. 22, 23. 24. 25. und 28.

2) daß er bey Büchnern zu Lichtenhain, woselbst sein Bruder zum Stallboden auf einen Leiterchen, so just dabey gelegen, zum Fenster hinein gestiegen und gestohlen, indem er sich von seinem Bruder die gestohlenen Sachen zureichen lassen und davon seinen Antheil erhalten,

fol. 166. b Vol. act. I. und ad art. inquis. 34 37 und 44.

3) daß er bey dem Schreiner, David Meistern, insgemein Schuberts Even Ehemann genannt, einen Diebstahl zu begehen versucht, gestalten er mit seinem Bruder aus Görnings Hofe eine Leiter geholet und an

an das Cammerfenster geleget, hierauf sein Bruder hinaufgestiegen und die Nägel womit das Cammerfenster angenagelt gewesen, mit einer Beißzange loß gemacht, mit der Hand in selbige hineingegriffen und ein Kästlein daraus weggenommen, welches derselbe ihm, Inquisiten, da er unten gestanden, gegeben, und er selbiges mit fortgetragen,

fol. 93. 110 b und 117 Vol. act. I. desgleichen ad art. inquis. 48. 52. 53. 54. und 59.

4) daß er bey der Pfarrwitbe Barnickin, zu Sonneberg, einen Diebstahl mit seinen Bruder verübet, indem letzterer bey der hintern Haußthür einen Stein aus der Mauer an der Säule gethan, und mit einen Eisen ein Stück Feld eingeleget, und den davor befindlichen Riegel zurückgeschoben, auch darauf eingestiegen und ihm, Inquisiten, die Sachen zugereicht, welche sie darauf mit einander fortgetragen und getheilet,

ad art inquis. 73. 75. 76. 77. und 78.

5) daß er bey dem Weißgerber, Johann Willhelm Motschannen, zu Sonnenberg, mit seinem Bruder und seinem Schwager Peter Fabern gestohlen, indem er mit seinem Bruder in eine vor dem Cramladen befindliche Schoppe hineingegangen, und sein Bruder darauf, nachdem dieser mit einem Eisen, womit man den Schiefer spaltet, und welches fol. 87. Vol. act. I. abgezeichnet worden, ein nicht hoch von der Erde befindliches Feld eingeleget, eingestiegen, die Sachen herausgelanget und ihm, Inquisiten, selbige gegeben, die er denn seinen auf der Wache stehenden Schwager zugereichet, mit dem sie selbige nachhero in drey Theile getheilet,

fol. 101 b. Vol. act. I. und ad art. inquis. 79. 81. 82. 83. 85. 86. 87. 88. und 92.

6) daß er bey Simon Lipferten, zu Buchbach, alleine 14 zinnerne Teller, 16 Ellen Trillig, 2 Maas Butter, etliche Laib Brod und etwas Salz folgender Gestalt gestohlen, daß er durch ein Loch in den Stallboden, woran aussen eine Leiter angeleget gewesen, eingestiegen, nachdem er vorhero ein vor dem Loche befindliches Bretgen, so angenagelt gewesen, abgebrochen,

ad art. inquis. 98. 99. 100. 101. 102. 103. und 105.

7) daß er bey Claus oder Nicolaus Lipferten, zu Buchbach, einen Diebstahl mit Nicolaus Krökeln, insgemein Schmiedels Claus genannt, verübet,

verübet, welcher letztere bey dem Abtritt, vor welchen Inquisit aussen stehen geblieben, und drey Ribben Fleisch herausgelanget, und ihm, Inquisiten gegeben,

ad art. inquis. 108.

8) daß er bey Marcus Lipferten, zu Buchbach, etliche mal Erdäpfel aus dem offenen Keller gestohlen,

ad art. inquis. 109.

9) daß er zu Buchbach, durch ein offen gestandenes Loch gekrochen, und von Friedrich Scheidings Boden, einen und einen halben Achtel Korn diebischer Weise entwendet,

ad art. inquis. 110. 111. und 112

10) daß er diese sämmtlichen Diebstähle des Nachts begangen.

ad art. inquis. 141.

Ob nun wohl Inquisit 1) viele Diebstähle des Nachts hinter einander begangen, und von selbigen überdem 2) der erste, vierte, fünfte, und sechste, zu Inquisitens Antheil, 40 Rthl. 13 gr. 8 pf. beträget, mithin die in Sachsen-Ernestinischen Landen zu einem großen Diebstahl erforderliche Summe von 26 Rthl. 16 gr. weit übersteiget; sodann 3) Inquisit nicht nur alleine den sechsten, und neunten Diebstahl mit Einsteigen und Erbrechen verübet, sondern auch daß er den zugleich von andern, Theils mit blosen Einsteigen, unternommenen ersten, zweyten, und siebenden, Theils mit Erbrechen und Einsteigen begangenen dritten, vierten, und fünften Diebstahl vollbringen helfen; in der peinlichen Gerichtsordnung Kayser Carls des Fünften, art. 162 und 159 aber nicht nur auf einen einfachen, zum dritten mal wiederhohlten, sondern auch auf einen einzigen, mit Einbrechen oder Einsteigen, ausgeführten Diebstahl, er sey groß oder klein, die Todesstrafe gesetzt worden ist; folgbar, daß Inquisit, durch seine begangenen Diebstähle das Leben verwürket habe, es scheinen möchte:

D. a. u. d. 1) bey wiederhohlten Diebstählen, nach der Rechtsgelehrten Auslegung des art. 162 der Carolinischen peinlichen Gerichtsordnung, zugleich auch dieses, daß der Dieb seiner Deuben halber, wenigstens schon einmal bestraft und dadurch nicht gebessert worden, erforderlich ist m); aus den Acten aber, daß bey Inquisiten schon durch eine

 Strafe

m) HARPRECHT *ad* §. 5. *I. de obligat. quae ex del. num.* 60. LEYSER *spec.* 535.

Strafe wegen eines seiner begangenen Diebstähle dessen Besserung fruchtloß versucht worden wäre, nicht erhellet; sodann ad 2) bey dem ersten Diebstahle, der bestohlene Link, iuxt. fol. 47 b seq. Vol. I. die Sachen ausser denen, wovon er Kenntniß besessen, weder überhaupt noch einzeln zu schätzen vermocht; auch bey dem zweyten Diebstahle die Büchnerin, anfänglich fol. 24 Vol. act. I mehrere Sachen als würklich gestohlen worden, angegeben, gestalten sie nachhero daß sie die mit angegebene Wolle und das gerändelte Getraide wiedergefunden, fol. 51 Vol. act. I. angezeiget, und überdem Inquisit ad art. inquis. 41 nicht alles eingeräumet hat; ferner bey dem vierten Diebstahl zwar wohl davon, daß die Barnickolin selbigen zu 7 Rthl. 10 gr. ästimiret habe fol. 135 Vol. act. I. die Nachricht enthalten, allein ob solches endlich geschehen sey, dabey nicht angemerket worden ist; desgleichen bey den fünften Diebstahle der bestohlene Motschmann nicht alle und jede Sachen genau, nach ihren Gewicht, Maas, Zahl, und Güte, fol. 84 Vol. I. angegeben; dieselben auch von ihm selbst zu zweyen malen auf verschiedene Art fol. act. 86 und 169 seq. Vol. I. gewürdert worden sind; über dieses Inquisit die darunter befindlichen Tobacksröhren nicht blos zu seinem Antheil bekommen, sondern zugleich der Mitdiebe ihren Antheil fol. act. 168 Vol. I. unbeschworen geschätzet hat; hierzu nun auch fürnämlich kommt, daß bey sämmtlichen Diebstählen, als bey dem ersten, fol. 47. Vol. I. und fol. 21 b Vol 2, bey dem zweyten fol. 52 Vol. I. und fol. 22 Vol. 2, bey dem vierten, Inhalts der Antwort des Inquisiten ad art. inquis. 74 fol. 8 Vol. 2, bey dem fünften fol. 171 Vol. I. und fol. 22b Vol. 2, bey dem sechsten fol. 166 b Vol. I. das allermehreste den Bestohlnen wieder ausgehändiget, und von diesen das wenige, was daran gemangelt, dem Inquisiten erlassen worden ist; so wie auch, bey dem siebenden, achten, und neunten Diebstahle, die Bestohlnen dem Inquisiten alles dasjenige, was er ihnen diebischer Weise entwendet, fol. 166 Vol. I geschenket haben; so wohl bey dem dritten Diebstahle Inquisit das Kästgen, welches ihm sein Bruder verschlossen gegeben, in der Flucht, hinten am Berge in Garten uneröfnet hat stehen lassen, iuxt. respons. ad art. inquis. 58 bis 61; und man also auch dasjenige, was darinne gewesen und eigentlich dadurch gestohlen worden, nicht einmal weiß; ferner ad 3) weder das blose Einsteigen, wenn es auch mit Anlegung einer Leiter geschiehet, noch das Verbrechen und Einsteigen eine Todesstrafe würket, woferne das Erbrechen nicht mit großer

535. *med.* 12. ENGAV *in decis. part.* 3. *decis.* 162. *num.* 4.

grosser Gewalt geschehen ist, oder sonst der Dieb dabey nicht solche Handlungen unternommen, aus welchen, daß er bey seinem Diebstahl die Bestohlenen zugleich in eine Lebensgefahr setzen wollen, abzunehmen stehet n); auf diese Mase aber Inquisit keinen seiner Diebstähle vollbracht hat; gestalten bey dem sechsten Diebstahle, Inquisit das Bretgen vor dem Loche nicht feste angenagelt, daß er es mit den blossen Händen hat abbrechen können, angetroffen,

ad art. inquis. 101. 102. und 103.

und der neunte Diebstahl blos durch Einbrechen in ein offen gestandenes Loch geschehen ist;

ad art. inquis. 111 und 112.

ferner der erste, zweyte und siebende Diebstahl so wenig, als der dritte, vierte und fünfte Diebstahl mit Waffen ausgeübet worden ist; Inquisitens Bruder auch des fol. 87. Vol. act. I. abgezeichneten Instruments blos zum Einlegen der Felder und Aushebung der Fenster sich bedienet hat, sowohl dessen eigentliche Qualität, und ob es mit zu denjenigen Instrumenten, deren Gebrauch bey einem Diebstahl die Todesstrafe nach sich ziehet, gehöret, aus der in den Acten enthaltenen Beschreibung nicht zuverläßig abzunehmen ist; auch in den Acten nicht zu befinden, daß er dasselbe, als er über den dritten Diebstahl ertappet worden, und während dessen Inquisit die Flucht ergriffen, gegen Heumannen und das Meisterische Eheweib, mit welchen er Handgemein geworden, zur Gegenwehr gebraucht haben sollte; ausser diesen Umständen nun aber auch Inquisiten folgende Linderungsursachen zu statten kommen, daß er sogleich die Diebstähle freywillig mit angezeigter Reue gestanden, dazu von seinem Bruder, Schwager, Mutter, und Eheweibe verführet,

ad art. inquis. 33. 35. 49. 78. 80. 104. adde fol. 9. 10. 11. 14. 35. 90. 99 und 105 Vol. act. I.

auch durch Hunger und Kummer dazu verleitet worden ist;

fol. 10, 13, 34 *b*, 41 *b*, 62 *b*, 77 und 108. Vol. I. desgleichen ad art. inquis. 14. 16. ferner die Aussage der Defensionalzeugen ad art. defens. 13. fol. 148.

derselbe auch ausserdem als ein fleißiger Arbeiter, und von dem sie nichts unrechtes gesehen hätten, von den Defensionalzeugen beschrieben wird;

ad art. def. 9. und 14. fol. 146 *b* und 149 *b*.

Da-

n) *C. C. C. art.* 159. CARPZOV in *prax. crim. qu.* 79. ibiq. BOEHMER *obs.* 1. KRESS *ad art.* 159. §. 1. *not.* * 3.

dahero denn Inquisit, in Erwägung aller dieser Umstände, zwar mit der Todesstrafe zu verschonen, jedoch wegen der vielen Diebstähle und daß er solche zum Theil durch Einsteigen verübet, oder doch die, mit Einsteigen und Erbrechen von andern unternommenen, Diebstähle mit befördert, und die gestohlnen Sachen mit forttragen helfen, auch davon seinen Antheil bekommen, gar wohl den Staupenschlag und die ewige Landesverweisung verdienet:

So ist derowegen Inquisit wegen seiner begangenen und eingestandenen Diebstähle, nach abgeschworner Urphede, mit Staupenschlägen, des Landes auf ewig zu verweisen. V. R. W.

CXIII.

Urthel

nach B** in November 1770.

I.

Von der Todesstrafe eines Diebes, welcher eine sehr schlechte Erziehung auf dem Lande gehabt und von Gott und seinem Worte nichts gewußt, sondern, nach seinem Vorgeben, nur an den lieben Gott, welcher der Herr Christus wäre und aus fünf Personen bestunde, geglaubet hat.

II.

Von einer unter angedroheter Todesstrafe des Landes auf ewig verwiesenen Weibesperson, welche weder etwas entwendet, noch auch bey den Diebstählen hülfliche Hand geleistet hat.

Als Uns die wider Hanß Michael Schrickeln, insgemein der Schwedische Michel genannt, und dessen Eheweib, Matlen Claren, gebohrner Müllerin, ergangenen Inquisitionsacten, so wohl was dieselben zu ihrer Vertheidigung in Schriften übergeben, samt einigen Beylagen in IX. Stücken, u. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. d. f. w. v. R.

Dar-

Daraus so viel zu befinden:

I.

Hat Inquisit, Hanß Michael Schrickel, nachdem er summarisch und Artickelsweise vernommen worden, in Güte bekannt und gestanden,

1) daß er mit seinem Bruder, dem sogenannten Schweden Christel, im Jahr 1757, zu Neurodt, bey einer Wittbe drey Weiber Röcke gestohlen und dabey vor dem Thore mit einem starken weißdornen knotichten und unten mit einem eisernen Ring beschlagenen Stocke Wache gehalten,

ad art. inquis. 46. 47. 48. 57. 64 und 66. Vol. IV.

2) daß er ferner mit eben diesem seinem Bruder, im Jahr 1759, einen Diebstahl zu Gräben, bey einem Bauer verübet, wobey gedachter sein Bruder die verschlossene Hausthür mit einem weißdornen Stocke, welcher noch einmahl so stark, als Inquisitens seiner gewesen, aus den Gewende gezwänget, er Inquisit aber, wiederum mit seinem zuvorgedachten Stocke, während des Diebstahles, Wache gehalten, und die ad acta inquis. 118 bis 135 beschriebenen gestohlnen Sachen auf einem Feuerplatze unter der frölichen Wiederkunft mit seinen Bruder getheilet,

ad act. inquis. 85. 86. 87. 97 bis 106, und ad art. inquis. 109. 110. 111. 137. 138. 139.

3) daß er mit dem justificirten kleinen Christel, eigentlich Johann Peter Kohlschmidt, im Jahr 1758, bey einem Bauer zu Mezelbach die ad art. inquis. 210 bis 237. specificirten Sachen dergestalt gestohlen, daß Christel durch den Stall, welcher an das Haus angebauet, und daran die Thür nur angelehnt gewesen, ins Haus hinein gegangen, er, Inquisit, aber mit oberwehnten Stocke bey der Hofthür abermals auf der Wache gestanden,

ad art. inquis. 153. 175. 176. 177. 181. 183. 184. 189.

4) daß er mit dem Schwabhäuser Mathes in eben diesen 1758sten Jahr, zu Oberwillingen, bey einem alten Witber einen Diebstahl, wobey die ad act. inquis. 288 bis 299 specificirten Victualien entwendet worden, des Nachts begangen, und dabey ebenfals, während dessen, daß Mathes bey der Küche mit dem Messer durch ein gekleibtes Feld ein Loch

 gemacht,

gemacht, eine Leiter an das Dach gelehnet und dadurch eingestiegen, mit dem nehmlichen Stocke Wache gehalten,

ad art. inquis. 265. 269. 275. 276. 279. 280. 281. 310. 311. und 312.

und, auser diesem Diebstahl,

5) noch einen, zu Oberwillingen, zur Zeit des lezten Krieges, begangen, indem er in einem Garten 3 alte Hembde gestohlen,

ad art. inquis. 320. 321 und 324.

6) daß er mit Kropf Christeln, welcher einen Säbel bey sich gehabt, am Tage, zu klein Lohma, bey einem Bauer einen Diebstahl im Jahr 1760. ausgeübet, wobey Kropf Christel die Hausthür aufgerüttelt, er, Inquisit, aber mit dem Stocke vor dem Thore auf der Gasse Wache gestanden, und die ad art. inquis. 356 seqq. specificirten Sachen entwendet worden,

ad art. inquis. 335 bis 339. desgleichen ad art. inquis. 352, 404 bis 408, und fol. 179. Vol. III.

7) daß er, einige Tage nach diesem Diebstahle, mit eben dem Kropf Christel einen Diebstahl zu Branchewinde, in der Schnitterndte des Vormittags dergestalt begangen, daß er, seinen mehrgedachten Stock bey sich habend, mit Kropf Christeln, welcher seinen Säbel bey sich gehabt, durch ein Futterloch, so aus dem Stall in das Haus gegangen, in dieses gekommen, und die zugewckene Stube und Kammer mit einem Drucker, den sie in die Höhe gehoben, eröfnet,

art. inquis. 441. 442. 443. 449. 458. 461. und 545

und er, Inquisit, darauf aus dem in der Kammer befindlichen Kleiderschrank, woran der Schlüssel gestecket, der Kropf Christel hingegen, aus der Lade, die ad art. inquis. 474 bis 489 specificirten Sachen genommen,

ad art. inquis. 462 bis 465.

8) daß er zu Königsee, auf dem Weynachtsjahrmarkte im Jahr 1757, desgleichen auf dem Sommerjarmarckte zu Saalfeld und zu Stadtilm während des Krieges, die ad art inquis. 574 bis 576, desgleichen ad art. inquis. 581. 582. 583. 601 und 602 eingestandenen Sachen gestohlen,

ad art. inquis. 564. bis 585. ad art. inquis. 601 und 602.

9) daß

9) daß er mit dem langen Peter, im Jahr 1763, einen Diebstahl zu Birkenheyde bey einem Bauer verübet, und dabey, als die ad art. inquis. 617 bis 619 specificirten Sachen entwendet worden, Wache gehalten,

ad art. inquis. 611. 612. 613. und 630 seq.

10) daß er gleich nach diesem Diebstahle, im Jahr 1763, auf den Pfingst heiligen Abend, mit gedachtem Peter, dem kleinen Just, und Christophen des Peters Jungen, zu Pflanzenwirbach, des Nachts im Wirthshause, die ad art. inquis. 702 seqq. specificirten Sachen gestohlen, nachdem er diesen Diebstahl, um Kuchen zu stehlen, mit ermeldeten Diebsgesellen, auf dem Feuerplatze bey Dienstädt, verabredet,

art. inquis. 645. 649. 650. 651. 652. 671. 672. und 673.

und dieser Diebstahl durch Anlegung einer gestohlnen Leiter an das Kammerfenster, und daß Christoph, welcher eine Pistole bey sich gehabt, und Peter, nachdem sie das Kammerfenster mit einem Meißel ausgehoben, eingestiegen und den in der Kammer stehenden Schrank erbrochen, er, Inquisit, aber nebst den kleinen Just, bey der Mühle, jeder mit einem Stocke, Wache gehalten, ausgeübet worden ist.

ad art. inquis. 657 bis 693. ferner ad art. inquis. 695 bis 700 desgleichen ad art. inquis. 732 bis 739 und fol. 98 b in fin. Vol. IV.

Wird nun aber ausserdem Inquisit beschuldiget, daß er zu Neuhofen, Walschleben, Eschendorf, Traasdorf, Weisbach und Pitstedt, Diebstahl mit verübet habe; welches jedoch derselbe keinesweges auf sich kommen lassen will.

art. inquis. 813. 914. 952. 1014. 1093. und 1119.

Ob nun wohl zur Vertheidigung des Inquisiten angeführet wird, daß 1) so viel den Diebstahl zu Neuroda betrift, die bestohlene Witbe solchen nicht selbst, sondern ihre Tochter, viele Jahre nach jener ihrem Tode erst beschworen, und dabey nicht besonders, aus wie viel Ellen jeder Rock bestanden, und wie viel jeder gekostet, angezeiget; 2) die bey dem Diebstahl zu Gröben Bestohlne, iuxt. fol. 174 und 177 Vol. III, nur Zeugeneyde abgeleget; 3) Inquisit zu dem Metzelbacher Diebstahle verführet und durch die Gelegenheit, daß die Thüre offen gestanden, dazu gereizet worden; 4) der erste Diebstahl zu Oberwilligen wenig be-

trage; und 5) bey dem zweyten Diebstahl, dessen Inquisit, eben daselbst begangen zu haben, geständig, niemand, dem die Hemder gestohlen worden wären, auszumachen gewesen; 6) Inquisit bey dem Diebstahle zu Kleinlohma, ad art. inquis. 420 zwey Sachen mehr, als worauf er befragt worden, eingestanden; 7) Inquisit von dem Brauchewinder Diebstahle nichts davon gebracht, masen der Bauer, in dessen Hauße gestohlen worden, den Quersack mit den gestohlnen Sachen, welche in selbige gesteckt gewesen, iuxt. fol. 267. Vol. I. wieder erhalten, auch die Specification der gestohlnen Sachen fol. 269 b Vol. I. erst ganzer acht Jahr nach dem Diebstahl verfertiget, und die darinne sub. num. 10. 11. 12. 13 verzeichneten Stücke der Zahl nach nicht angegeben worden, und diese Specification mit der andern fol. 83 b Vol. II, so die bestohlene Tochter des Bauers Solze gleichwohl beyde beschworen, nicht überein käme; überdem die entwendeten Sachen schon meistentheils gestohlen Gut gewesen, gestalten die Diebe, iuxt. depos. ad art. inquis. 540. 551. bis 558. und ad art. inquis. 563, der Apoldaische Michel, der Schwabhäuser Mathes und der schwarze Christel bey gedachtem Bauer beständig ihre Retirade gehabt, und selbigem die gestohlnen Sachen in Verwahrung gegeben; dahero denn Inquisit, weil er in dem Hauße gestohlen, wo die Diebe ihre Sachen aufzuheben gegeben, und welchen sie deshalb größten Theils zugehört, von dem schwarzen Christel oder Schwabhäuser Mathes Schläge bekommen, und selbigen, zur Strafe, noch ausserdem, 2 Rthl. geben müssen; 8) die Diebstähle auf den Jahrmärkten zu Königsee Saalfeld und Stadtilm eines Theils wenig betrügen, und andern Theils auch niemand, dem sie gehörten, sich dazu gemeldet; ein gleiches auch 9) bey dem Diebstahle zu Birckenheyde Inquisiten zur Vertheidigung gereichte; und 10) von dem Diebstahle zu Pflanzen Wirbach in der Specification fol. 160 Vol. III. die schlechten Münzsorten nicht in Ansatz gebracht und, wie viel halbe Batzen in einem Topfe gewesen, oder wie viel ad num. 3 und 4. die schlechten Gelder in den beeden Wännichen der Summe nach, betragen, nicht angegeben worden; 11) Inquisit an den Diebstählen zu Neuhofen, Walschleben, Eschendorf, Traasdorf, Weisbach und Pitzstedt keinen Theil genommen hätte, bevorab eines Theils die mehresten davon noch nicht quoad corpus delicti berichtiget, andern Theils bloße Beschuldigungen der Diebe Peter Sturms und des scheelen Abrahams wären, und die sich wiederum auf bloße Erzählungen anderer, besonders des Schweden Christels Mensch, die Ficke, gründeten, und erst auf Befragen von ihnen ausgesaget worden; Sturm auch sein Feind wäre,

wäre, und, nach seiner eigenen Aussage, fol. 128 Vol. II. ihn, Inquisiten, erschießen wollen; 13) bey den eingestandenen Diebstählen, Inquisit eines Theils nur Wache gehalten, andern Theils nicht so viel als seine Diebsgesellen bekommen, und dritten Theils das, was er bekommen, nicht behalten, sondern seiner Frau gegeben, auch unter allen kein Diebstahl, so die Summe eines großen Diebstahls ausmachte, sich befände; 14) Inquisit auch vor oberzählten Diebstählen noch nicht bestraft worden; 15) derselbe eine sehr schlechte Erziehung auf dem Lande gehabt, und von Gott und seinem Wort nichts wüßte, sondern, nach seinem Vorgeben fol. 5 *b* Vol. II, nur an den lieben Gott, welcher der Herr Christus wäre und aus fünf Personen bestünde, glaube, und dieserhalb auch erst nach seiner Verheyrathung iuxt. fol. 247 *b* Vol. IV. von seiner Frau das Vater Unser gelernet; 16) auch, da er aus Armuth betteln gehen müssen, von dem Landvolke zum Stehlen verführet worden; 17) die Diebstähle freywillig gestanden; 18) seit 1763, als dem letzten Diebstahle, den er zu Pflanzen Wirbach ausüben helfen, weiter keinen Diebstahl begangen, sondern zu Haynichen, sodann zu Nauendorf, zuletzt auch zu Hetzschburg, Hutmannsdienste angenommen, und sich dabey treu und redlich aufgeführet, und man also zu demselben der von ihm angelobten Besserung seines Lebens sich versehen könne; er auch 19) schon zwey ganzer Jahre und drey viertel Jahre, seit den 31 Jenner 1768, beständig in schweren Ketten und Banden gesessen; aus diesen vorstehenden Gründen aber endlich, daß Inquisit nicht mit der ordentlichen Strafe des Diebstahls zu belegen sey, gefolgert werden will:

D. a. u. d. 1) derjenige, welcher zum dritten mal Diebstahl verübet hat, als ein verläumdeter Dieb angesehen, auch einem Vergewaltiger gleich geachtet, und darum mit dem Strange hingerichtet werden soll o); Inquisit aber, wie aus der Geschichtserzehlung erhellet, schon viele mal mehr, als dreymal, das Stehlen wiederhohlet, und so gar 2) qualificirte Diebstähle, welche mit Anlegung einer Leiter, Einsteigen, Erbrechen und mit bey sich gehabten tödlichen Gewehr, als zu Gröben, Oberwilligen, Kleinlohma, Brachenwinde und besonders zu Pflanzenwirbach geschehen, verüben helfen; und selbst nicht nur bey diesen, sondern auch bey mehrern der geständigen Diebstähle mit den starken knotigten und unten mit einen eisernenen Ring beschlagenen Stocke jederzeit Wache

 gehalten;

o) *Art.* 162. der Carolinischen Halsgerichtsordnung.

gehalten; dergleichen einziger gefährlicher und gewaltsamer Diebstahl aber ohne auf den Werth desselben zu sehen, auch ohne Unterschied, ob der Dieb bey der That betreten und berüchtiget sey, oder nicht, bey einer Mannsperson mit dem Strange bestraft werden soll p), so daß auch derjenige, welcher dergleichen Diebstahl mit verabredet, als Inquisit bey dem Diebstahl zu Pflanzenwirbach gethan, eben die Strafe verwürket, ob er gleich würklich nicht mit eingestiegen ist, sondern nur bewafnet dabey Wache gehalten q); überdem 3) dasjenige, was bey den in der Geschichtserzählung gedachten Diebstählen entwendet, und von den Bestohlnen beschworen worden, zusammen eine beträchtliche Summe ausmacht, welche nicht nur die in den §. XIV. des Fürstl. Sachsen Weimar und Eisenachischen Mandats wider alles Herumstreifen des Rottenweiße Jauner, Streicher- und Räubergesindels, auch Zigeuner, vom Jahr 1758 bestimmte 13 Thaler 8 Groschen, sondern auch die in den Sachsen Ernestinischen Landen sonst zum großen Diebstahl eingeführte Summe von 26 Rthl. 16 Groschen übersteiget, angesehen das gestohlene zu Neuroda, zu 6 Meißnischen Gülden fol. 219 *a* et *b* Vol. III, in Gröben zu 8 Rthl. 12 gr. fol. 176*b* Vol. III, in Metzelbach, zu 12 Altesch. 3 gr. fol. 123 et 189 Vol. III, in Oberwilligen, zu 12 Groschen, fol. 204 Vol. IIII, in Kleinlohma, zu 27 Rthl. 19 gr. fol. 154 *b* Vol. III, in Brachewinde, zu 24 fl. 17 gr. 6 pf. fol. 83 *b* Vol. II, und in Pflanzenwirbach, zu 164 Mfl. fol. 159 seqq. Vol. III. beschworen worden ist; und hiervon alleine von dem in Weymarischen zu Kleinlohma bezangenen Diebstahl, zur Hälfte 13 Rthl. 21 gr. 6 pf. und von dem zu Pflanzenwirbach verübten Diebstahl zum vierten Theil 35 Rthl. 21 gr. auf Inquisiten kommt; sodann 4) Inquisit mit dem Landvolke oder Diebesgesindel deren er mehr als 40 kennet, auf den Feuerplätzen so wohl, als in den Hirtenhäußern und Ställen aufgelegen hat, und selbst darunter ein Geschockgänger und Küttenschieber gewesen ist;

iuxt. eius confess. ad art. inquis. 31. 32. 33. 34. 590. 899 und 906.

solchemnach Inquisit die Strangstrafe allerdings gar wohl verdienet hat; diesen Entscheidungsgründen auch die obangezogenen Zweifelsgründe nicht im Wege stehen, anerwogen ad rat. dub. 1) die Tochter ihrer bestohlenen Mutter

p) *Art.* 159. der **Carolinischen Halsgerichtsordnung.**

q) KRELL *ad art.* 159. §. 8.

Mutter die Umstände des Neuroder Diebstahls fol. 128. vol. III. gar genau erzählet, und daß die drey gestohlnen Weiberröcke noch gut gewesen, und selbige ihre Mutter nur sehr wenig gebraucht gehabt, und solche deren zwey tuchene, der dritte aber ein wollener gewesen, auf das geringste, zu 6 Mfl. gut Geld, beschworen; bey welcher sehr geringen Taxe, die Anzeige aus wie viel Ellen jeder Rock bestanden, und wie viel jede Elle gekostet, nicht nöthig gewesen; ad rat. dub. 2) die Bestohlne durch die Eyde fol. 174. und 177. vol. III. dasjenige, was ihnen entwendet worden, genugsam erhärtet haben; ad rat. dub. 3) Inquisit, nach dem Christel den Diebstahl angegeben, sich durch dieses bloße Angeben nicht dazu verführen lassen sollen, zumahl da auch die Haußthür nicht offen gestanden, sondern Christel erst die angelehnt gewesene Stallthüre aufgestoßen, und sodann durch die Thür, welche aus dem Stalle ins Haus gegangen, in selbiges gekommen ist;

ad art. inquis. 199.

ad rat. dub. 4) dieser Diebstahl gleichwohl durch Inquisitens Diebsgesellen, den Schwabhäuser Matthes, durch Einsteigen und daß Inquisit dabey mit seinen Stocke Wache gehalten, verübet; ad rat. dub. 5) auf diesen zweyten Diebstahl, zu Oberwellingen, eben wegen mangelnder völligen Gewißheit des corporis delicti, bey der Strafe des Inquisiten nicht gesehen worden; ad rat. dub. 6) dieses, daß Inquisit bey dem Kleinlohmaer Diebstahle zwey Sachen mehr eingestanden, seine Strafe nicht vermindern mag; ad rat. dub. 7) die Bestohlne die ihr entwendeten Sachen fol. 83. vol. II. nach mehrern Nachsinnen, nur genauer angezeiget und dasjenige, was sie, nach Abzug des Wiedererhaltenen, würklich von den Ihrigen dabey eingebüsset, nach dem niedrigsten Werth beschworen; und also, wenn auch ausserdem unter den sonst entwendeten Sachen zugleich gestohlene gewesen seyn sollten, diese jedoch hierbey in keinen Betracht gezogen worden; so wenig als auch ad rat. dub. 8) und 9) diese Diebstähle Inquisiten die verwürkte Strafe zu wege bringen; hingegen ad rat. dub. 10) nachdem der Bestohlne, daß das gestohlne Geld allein, nach jetzigen guten Gelde, wenigstens 150 Meißnische Gülden ausgemacht, und sein durch diesen Diebstahl an den besonders specificirten Sachen gehabter Verlust, überhaupt wenigstens 164 Meißn. Gülden betragen, eydlich erhärtet hat, das corpus delicti bey diesen Pflanzenwirbacher Diebstahl hierdurch genugsam zur Gewißheit gebracht worden; ad rat. dub. 11) aber da Inquisit schon so durch die eingestandenen Diebstähle das Leben verwürket

würket hat, auf die übrigen welche er nicht eingestanden, und deren er nicht überführt werden mögen, ohnehin keine Absicht genommen worden; hingegen ad rat. dub. 13) der, so schändlichen Gewinstes halber und zur Beförderung des Diebstahles auf der Wache gestanden, demjenigen, welcher die Sachen entwendet hat, gleich zu stellen, und nicht so wohl darauf, wie viel einer bey der Theilung erhalten, als vielmehr darauf, was er, wenn das gestohlne Gut nach den wahren Werth unter sämtliche Diebe gleich vertheilet worden, erhalten haben würde, zu sehen r); überdem aber auch dasjenige, was Inquisit zu seinem Antheil geständiger masen von allen beschwornen Diebstählen würklich bekommen, mehr als 26 rthlr. 16 gr. beträgt; und dieses, daß ein Dieb das Gestohlne nicht vor sich behält, sondern andern giebet, seine Strafe nicht mindern mag; so wenig, als ad rat. dub. 14) dieses, daß bey einem wiederholten Diebstahle der Dieb wegen der erstern schon bestraft worden sey, erforderlich, sondern dieses, daß auf die Mehrheit der Diebstähle gesehen, und deshalb der Dieb lediglich für einen verläumbdeten Dieb und einen Vergewaltiger gleich geachtet werden solle, in der carolinischen Halsgerichtsordnung art. 162. vorgeschrieben worden s); ad rat. dub. 15) Inquisiten seine schlechte Erziehung und Unwissenheit im Christenthume nicht zu statten kommt, sintemal er doch vorhero, als er unter den Soldaten gewesen, in den vorgehaltenen Kriegesartickeln daß das Stehlen verbothen sey, wahrgenommen, und ad art. inquis. 1170. bekannt hat; auch aus eigener Vernunft und Erfahrung an andern Dieben, dieses, daß das Stehlen ein Verbrechen sey, gar leichte begreiffen mögen; ad rat. dub. 16) wenn er unter den Soldaten geblieben, und nach seinem ad art. inquis. 19. gethanen Geständniß, nicht desertirt wäre, des Betteins hätte überhoben seyn, oder doch nachhero durch Handarbeit sein Brod sich auf eine ehrliche Art verdienen können; durch das desertiren und Begebung unter das Diebesgesindel aber sich selbst verführet, und dadurch, daß ihm der Müßiggang und auf Dieberey auszugehen lieber sey, mehr denn zu deutlich an den Tag geleget; ad rat. dub. 17) die Diebstähle bey den summarischen Verhör keinesweges freywillig, sondern erst, nach des Amtes vieler gehabten Mühe und Kosten, bey dem artikulirten Verhör in Güte gestanden; ad rat. dub. 18) Inquisit

r) KRESS *ad art.* 160. ENGAV *part.* 3. *decis. crim.* 19. *num.* 8. 9. BOEHMER *ad* CARPZOV. *qu.* 78. *obs.* 5. KOCH *in instit. iur. crim.* §. 198. de BOEHMER *in medit. in const. crim. car. art.* 160. §. XI.

s) KRESS *ad art.* 161. §. 1. *not.* *), de BOEHMER *ad art.* 162. §. 4.

Inquisit auch nach der Zeit, im Jahr 1764, zu Arnstadt, und im Jahr 1765, zu Heringen, Inhalts der beygelegten Acten, in Arrest gezogen und aus dem Amte fortgewiesen, die nachherige gute Aufführung aber nicht bescheiniget worden ist; man auch von einem solchen Diebe, der schon seit so langer Zeit und vielfältig dem Stehlen nachgezogen, sich wenige Besserung versprechen kann, zumal da Inquisit, als ihm von Gerichts wegen der Unterricht eines Geistlichen in den Gebothen Gottes fol. 56 Vol. II. angetragen worden, hierauf, wie er nunmehro, selbige zu erlernen, zu alt sey, zur Antwort gegeben; endlich ad rat. dub. 19) das langwierige Gefängniß Inquisiten, als einen verläumbdeten Dieb, welcher ob ausgeführter masen aus mehr denn einer Ursache die Todesstrafe verdienet, und durch seine vielen Verbrechen, daß er lange Zeit im Arrest behalten werden müssen, selbst veranlasset hat, davon nicht befreyen mag:

So ist derowegen Inquisit, daferne er vor gehegtem hochnothpeinlichen Halßgerichte auf seinem Bekänntniß beharret, oder dessen, wie recht, überführt wird, seiner zu oft wiederholten malen, und zum Theil auf gefährliche weise, begangenen und gestandenen Diebstähle halber, andern zum abschreckenden Exempel, ihm selbst aber zur wohlverdienten Strafe, mit dem Strange vom Leben zum Tode zu richten. V. R. W.

Da hingegen II)

Maria Clara Schrickelin, gebohrne Müllerin, ihres begangenen und gestandenen Verbrechens halber, indem sie seit vielen Jahren sich zu Diebesgesindel gehalten, und mit selbigen auf den Feuerplätzen aufgelegen, auch von ihrem Manne gestohlne Sachen wissentlich, daß es dergleichen sind, angenommen und in ihren Nutzen verwendet, auf vorhergeschworne Urphede, mit der nachdrücklichsten Bedeutung, daß, wenn sie anderweit in den Fürstlich Weimarischen und Eisenachischen Landen, wie auch der Jenaischen Landesportion sich betreten liesse, gegen sie mit lebenswieriger harten Zuchthausstrafe, oder, nach Befinden, gar mit der Todesstrafe verfahren werden sollte, des Landes auf ewig zu verweisen, oder, Statt dessen, in das Zuchthauß zwey Jahr lang zu bringen und daselbst zur Arbeit anzuhalten. Uebrigens werden die *fol. 453. seqq. Vol. III.* liquidirten Gerichtsgebühren auf 85 fl. und die Defensionsgebühren *fol. 101.*

Vol. IV. auf 11 Rthl. und dergleichen *fol. 73. Vol. V.* auf 10 Rthl. hiermit billig gemäsiget V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Ob wohl in der Inquisitin Vertheidigungsschrift angeführet wird, 1) daß bey den erzählten Diebstählen Theils die Größe des Entwendeten nicht ganz gewiß, Theils die Personen, welche bestohlen worden, unbekannt wären; 2) Inquisitin durch den erlittenen Diebstahl zum Betttelgehen veranlaßt worden sey, und bey dieser Gelegenheit anderes Gesindel und deren Sprache in den Schänken und Herbergen hätte kennen lernen müssen; 3) sie auch von dem Diebstahle zu Neurode, Gröben, Kleinlohma, Birkenheyde und Metzelbach vorhero nichts gewußt, daß sie geschehen sollen, und wegen der übrigen, die sie vorhero gewußt, sie, als Ehefrau ihres Mannes, selbige nicht wohl anzeigen können, sondern sie ihre Pflicht genugsam beobachtet, daß sie so wohl vor dem Diebstahle zu Oberwilligen, als zu Pflanzenwirbach deren Ausübung widersprochen, selbige aber nicht verhindern können, weil nicht nur der Schwabhäuser Mathes ihr den Tod gedrohet und sich verlauten lassen, daß er ihr die Zunge aus den Halse schneiden wollte, wenn sie was reden würde, sondern auch Peter ihr mit Prügeln gedrohet, wenn sie ihren Mann davon abhalten würde;

ad art. inqu. 135 und 230.

auch 4) daß sie das gestohlene Gut angenommen, nicht so wohl für eine Boßheit, als für eine weibliche Unvorsichtigkeit zu halten sey; sodann 5) das Aufliegen auf den Feuerplätzen, eigentlich kein Verbrechen sey, Theils weil dergleichen Leute, mit welchen sich Inquisitin auf dem Lande aufgehalten, auf solchen Plätzen zu kochen und zu waschen pflegten, Theils auch weil dieses Aufliegen auf den Feuerplätzen nicht in den Fürstlich Sachsen Weimar- und Eisenachischen Landen geschehen, und also das Mandat vom Jahr 1758 nicht auf Inquisitin anzuwenden sey; bevorab 6), da sie, nach den Attestaten fol. 131. 132. 133. und 134 Vol. II, sich sonst gut aufgeführet, und seit 7 Jahren nichts böses begangen, auch schon seit dem 31sten Jenner in Gefängniß sitzen müssen, und sich mit Gottes Hülfe zu bessern gedenke; mithin, daß auf eine geringe Strafe zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dörfte:

Dennoch

Dennoch aber und dieweil Inquisitin gestanden,

I) daß sie von dem Diebstahle zu Neurode, nachdem das gestohlne Gut auf den Feuerplatz zu Dienstädt getheilet worden, den gestohlnen blauen Weiberrock, den ihr Mann zu seinem Antheil erhalten, von diesem mit Wissen, daß er gestohlen gewesen, angenommen und den ersten selbst zerrissen, den andern aber des Schweden Christels seiner Magd, Speckeven, für 3 gr. gegeben habe,

ad art. inquis. 52. 53. 61 et 62 Vol. V.

II) daß, als ihr Mann von dem Diebstahl zu Gröben zurück gekommen, die gestohlnen Sachen in ihrer Gegenwart vertheilet worden wären, sie davon ihres Mannes Antheil, bis auf den Brustlatz, den ihr Mann vor sich behalten, von diesem ebenfalls mit Wissen, daß die Sachen gestohlen gewesen, angenommen und an sich behalten hätte,

ad art. inquis. 97. 113. 114. 115. 116 und 117.

III) daß, als der Diebstahl zu Oberwillingen geschehen, sie gewußt, daß damals ihr Mann mit dem Schwabhäuser Matthes auf das Stehlen ausgegangen sey, sie auch von diesem Diebstahl das Brod und Mehl, desgleichen eine Knackwurst mit Wissen, daß es gestohlen gewesen, hätte verzehren helfen,

ad art. inqu. 128. 144. und ad art. 3 fol. 42 Vol. V.

IV) daß sie vor dem Diebstahle zu Kleinlohma wohl gemerkt, daß ihr Mann, unter dem Vorgeben des Bettelgehens, auf Diebstahl ausgehen würde, auch die damals gestohlnen Sachen, in ihrer Gegenwart im Grunde des Holzes bey Rittersdorf getheilet worden wären, und sie alles, was ihr Mann, auf seinen Antheil von diesem Diebstahle erhalten, ausser den Hosen und Schu, von ihm mit Wissen, daß selbige gestohlen gewesen, angenommen und behalten hätte,

ad art. inqu. 159. 165. 166. 175 und 179.

V) daß sie gewußt, daß ihr Mann mit dem langen Peter, ingleichen dessen Jungen, dem Christoph und dem kleinen Just, auf den Diebstahl zu Pflanzenwirbach, welchen sie in der Herberge zu Dienstedt, um Kuchen zu stehlen, verabredet, ausgegangen, sie auch alles, was ihr Mann bey diesem Diebstahl erhalten, von selbigem, mit Wissen, daß es gestohlen gewesen, angenommen, behalten und in ihrem Nutzen verwendet,

ad art. inqu. 226. 227. 257 259 und 260.

VI) daß sie von dem Diebstahle zu Birckenheyde wissentlich, daß es gestohlen gewesen, die Butter mit verzehren helfen,

ad art. inqu. 278 und 282.

VII) daß sie von dem Diebstahle zu Mezelbach einen ganzen Gulden und 5 gr. einzeln Geld, da sie gewußt, daß es gestohlen gewesen, von ihrem Manne angenommen, und in ihren Nutzen verwendet,

ad art. inquis. 300. 301. 302. und 303

VIII) daß sie gewußt, daß ihr Mann auf den Jahrmarckte zu Königsee auf das Stehlen ausgegangen, und sie davon die weissen Strümpfe, die Wickelschnur und den Kamm bekommen, auch gewußt, daß ihr Mann auf dem Jahrmarkte zu Stadtilm und Saalfeld gestohlen,

ad art. inquis. 311. 313. 314. und 315.

IX) daß sie mit Diebesgesindel nicht nur auf Feuerplätzen, besonders bey Dienstedt und auf der Bläncktischen Höhe, bey Frankenhaußen, sondern auch in den Herbergen aufgelegen und deren Sprache reden lernen, auch gewußt, daß ihr Mann sich zu den Dieben halte;

ad art. inquis. 13. 16. 394. 446 und 452.

aus diesen allen aber sattsam sich veroffenbaret, daß, obgleich Inquisitin, weil sie weder etwas entwendet, noch auch bey den Diebstählen hülfliche Hand geleistet, nicht als eine Diebin zu bestrafen, sie jedoch, weil sie, wie sie selbst ad art. inquis. 12 Vol. V. gestehet, drey Jahr auf dem Lande herum gezogen, und mit Diebesgesindel, deren sie nach ihren Geständniß ad art. inquis. 18 und 19, auf 39 kennen lernen, und welche eine würkliche Bande, worunter Joel das Haupt gewesen, ausgemacht, auf Feuerplätzen und in den Herbergen aufgelegen und die gestohlnen Sachen, wissentlich, daß es dergleichen sind, von ihrem Mann angenommen und in ihren Nutzen verwendet, gar wohl mit der Strafe der ewigen Landesverweisung, oder Statt dessen, mit zwey Jahr Zuchthauß zu belegen ist; diesem auch die oben angezeigten Zweifelsgründe nicht entgegen stehen, masen ad rat. dub. 1) die Größe des Entwendeten bey den Diebstählen, wobey die Bestohlnen ausfindig gemacht werden können, durch deren Specification und Eyd, womit sie das ihnen gestohlne Gut erhärtet, sattsam berichtiget worden ist; sodann ad rat. dub. 2) aus den Acten wohl dieses, daß der Inquisitin Mutter, der Witbe Barbaren Elisabethen Räuberin, ohngefehr 4 Jahr vor dem Jahr 1768, 30 fl. und verschiedene Mobilien

Mobilien entwendet worden, nicht aber, daß Inquisitin bestohlen sey, fol. 132 Vol. II sich veroffenbaret; der Inquisitin Mann aber schon im Jahr 1758 und also schon lange vor gedachten 4 Jahren den Diebstahl zu Metzelbach verüben helfen; und also daß der erlittene Diebstahl sie zum Bettelgehen veranlasset habe, sich nicht vorwenden läst, so wenig als auch das Bettelgehen weder ihren Mann, noch sie selbst zu Uebelthaten verleiten, noch ad rat. dub. 3) sie mit ihrem Mann sich mit solchen Diebesgesindel in eine Bekanntschaft einlassen, sondern sich deren vielmehr entziehen sollen, damit sie weder von den Diebstählen etwas erfahren, noch auch ad rat. dub 4) von dem gestohlnen Gut etwas anzunehmen, noch ad rat. dub. 5) mit solchen liederlichen Gesindel sich auf Feuerplätzen aufzuhalten Gelegenheit gehabt hätte; auf das Fürstlich Sachsen Weimar und Eisenachische Mandat vom Jahr 1758 aber, eben des Grundes Willen, daß Inquisitin auf keinen Feuerplatz in den Fürstlich Sachsen Weimar und Eisenachischen Landen sich aufgehalten, bey der dermaligen erkannten Bestrafung der Inquisitin nicht gesehen worden ist; und ob gleich ad rat. dub. 6) Inquisitin sich sonst gut aufgeführet haben mag, sie jedoch nach der Zeit die obbeschriebene böse Lebensart geführet hat, daß auch deshalb ad rat. dub. 7) des langwierigen Gefängnisses und der versprochenen Besserung halber, auf keine gelindere Strafe gesprochen werden mögen: So ist demnach wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

CXIIII.

Urthel

nach W** im Julius 1771.

I) Von einem nur mit Staupenschlägen und ewiger Landesverweisung bestraften Ehebrecher, Betrüger und Dieb, welcher mit Einbruch einen großen Diebstahl, auch überdem einen Meineyd begangen.

II) Von einem auf gleiche Art bestraften Diebe, welcher drey Diebstähle, worunter einer mit Einbruch geschehen, verübet hat.

III) Von einem verdächtigen Diebesheler und einigen Betrügern.

Als uns die wider Johann Georg Köcheln und Johann Adam Emmerten ergangenen Inquisitionsacten, benebst demjenigen, was dabey gegen Johann Adam Dübeln, Johann Georg Klötzern und Johann Georg Blochbergen in Untersuchung gekommen, in zweyen Stücken, n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden: Hat

I.

Inquisit, Johann Georg Köchel, nachdem er summarisch und Artickelsweise vernommen worden, in Güte bekannt und gestanden,

1) daß er mit Johannen Margarethen Dittmarin einen einfachen Ehebruch begangen, und diesen mit ihr zum öftern wiederhohlet,

ad art. inquis. 80. und 81. fol. 144. Vol. act. I.

2) daß er Adam Greinern, Häunsel Müllern, Nicol Fleischmannen, Adam Gosigern, Adam Ehrhardten, Hanß Georg Klötzern, Johann Georg Greunern, Georg Müllern, Hanß Georg Blochbergern, Andreas Harnischen, Friedrich Ehrhardten und Johann Michael Neumeistern 37 bis 38 Seeden Kohlen, deren jede 2 Rthl. 14 bis 15 gr. koste, gut geschrieben, und ihm die Hälfte dieses Betruges 55 bis 57 fl. getragen habe,

ad art. inqu. 103 bis 149. fol. 147 *b* seqq. Vol. act. I.

3) daß er mit Johann Adam Emmerten ein paar Wochen vor Weynachten, oder den 9ten December, des 1768sten Jahres in des Berg Commissarii Löwels Wagenschuppe des Nachts mittelst einer eisernen Klammer ein Fach der Kleibwand ausgebrochen, und aus der Schuppe acht Bund an lang gezainten auch Ring und Schlosser Eisen, zu 8 Centnern, welche 32 Thaler werth gewesen, und zu seinen Theil 16 Thaler betragen, diebisch entwendet,

ad art. inquis. 208. seq. fol. 82. seq. und 169. Vol. act. II.

4) daß er, der fol. 20 *b* und 48 Vol. act. I. geleisteten iuratorischen Caution ungeachtet, am 12ten May 1769 dennoch entwichen und hiedurch eydbrächig geworden.

Ob nun wohl die Halsgerichtsordnung Kayser Carls des Fünften art. 159, daß der Diebstahl, welcher mit Einbrechen oder Einstei-

ges

gen in eines seiner Behausung oder Behaltung geschiehet, für einen gefliessenen gefährlichen Diebstahl, derentwegen der Dieb mit dem Strange zu bestrafen sey, gehalten werden solle, deutlich verordnet; mithin, daß auf sothane Strafe zu erkennen gewesen, es das Ansehen um so mehr gewinnen möchte, als, auser dem mit Einbruch verübten Diebstahl, Inquisit noch mehrerer Verbrechen schuldig ist:

D. a. u. d. Inquisit, wegen des begangenen einfachen Ehebruchs, die Verführung und Anleitung, so die Dittmarin mit Darbiethung mannigfaltiger Gelegenheit ihm zur Unzucht gegeben, ferner die Lieblosigkeit und Ungesundheit seines Eheweibes, welche einen Vorfall der Mutter habe, mit epileptischen Zufällen behaftet sey, und mit ihm nicht allemal einig gelebet, zu seiner Vertheidigung anführet,

ad art. inquis. 84. fol. 145. Vol. act. I.

diese Umstände auch iuxt. fol. act. 8 *b* 9 *b* und 10 Vol. act. I. der Wahrheit gemäs sind; sowohl Inquisitens Ehefrau ihm die an ihr begangene Untreue fol. 9 eiusd. Vol. act. I. verziehen und vergeben hat; sodann, bey dem Diebstahle in der Wagenschuppe, der Einbruch mit keiner solchen Gewalt verübet worden, dergleichen die angezogene carolinische Halsgerichtsordnung mit den Worten: gefährlicher Diebstahl: zu einem gewaltsamen mit den Tode zu bestrafenden Einbruch erfordert t), gestalten die Wand, durch welche das Fach ausgebrochen worden, in einer aus Stückel Hölzern verfertigten Kleibwand, welche ohne große Schwierigkeit zu eröfnen gewesen, bestanden hat;

vid. art. inquis. 225. fol. 84 *b* seq. Vol. act. II.

solchemnach zwar nicht auf die ordentliche Strafe erkannt werden mag; jedoch Inquisit durch diesen Diebstahl, indem davon auf seinen Antheil 16 Thaler gekommen, einen großen Diebstahl begangen u); welcher nur dadurch, daß der Eigenthümer das ihm Gestohlne nicht beschworen, sondern, iuxt. fol. 15 *b* Vol. act. II, ausser seinem Angeben, sich blos bey dem Geständniß des Inquisitens beruhiget, und daß dieser den Diebstahl iuxt. fol. 98 *b* Vol. act. II. zu ersetzen sich erbothen hat, gelindert wird; auch überdem Inquisit, ausser dem begangenen Ehebruche, nicht nur viele Kohlen

t) KRESS *ad const. crim. Car. art.* 159. §. 1. *not.* 3. CARPZOV *in pract. rer. crim. qu.* 79. *num.* 34. *ibiq.* BOEHMER *obs.* 2.

u) Peinl. Halsger. Ordn. Carl des Fünften *art.* 160.

len Betrügereyen in der Größe, daß ihm selbige alleine zu seiner Hälfte 55 bis 57 fl. getragen, ausgeübet, sondern auch einen Meineyd zu Schulden kommen lassen; daß er, der gehäuften Verbrechen wegen, gar wohl den Staupenschlag und die ewige Landesverweisung verdienet:

So ist Inquisit, wegen begangenen und eingestandenen einfachen Ehebruchs, Kohlen Unterschleife, Diebstahls und Meineydes, befundenen Umständen nach, nach abgeschworner Urphede, mit Staupenschlägen des Landes ewig zu verweisen, und wird er zur Erstattung der aufgelaufenen Unkosten zu seinen Theil nicht unbillig angehalten.

II.

Hat auch

Johann Adam Emmert in Güte gestanden und bekannt,

1) daß er mit Illigen auf dem untern Hammer Solmsgrün vor ohngefehr 3 Jahren, oder etwas länger, aus der Hammerhütte daselbst, bey dem Thore, so offen gestanden, ein Stück frisch Eisen, etwa eines Centners schwer, entwendet,

ad art. inquis. 7 bis 10 fol. 186. Vol. act. II.

2) daß er mit Ungern von Obern Hammer Benignengrün aus der Hütte, welche offen gestanden, zwey Stück frisch Eisen, ein und einen halben Centner schwer, weggenommen und bis in die Aue an die Holz Röser getragen und allda versteckt,

ad art. inquis. 17 bis 21 fol. 188. Vol. act. II.

3) daß er mit Coinquisit Köcheln, den in der Löwelischen Wagenschuppe mit Einbruch geschehenen Diebstahle der 8 Centner Eisen verübet, und davon zu seinen Antheil 14 Rthlr. bekommen.

ad art. inquis. 28 bis 45. fol. 189 *b* seqq. Vol. act. II.

Ob nun wohl in der Halßgerichtsordnung Kayser Carls des Fünften nicht nur auf den gefährlichen Diebstahl art. 159, sondern auch auf den dreyfachen Diebstahl art. 162 die Todesstrafe gesetzet worden, dergestalt, daß derjenige, der zum drittenmale gestohlen, als ein mehr verleumdeter Dieb und auch einem Vergewaltiger gleich geachtet, mit dem Strange vom Leben zum Tode gestraft werden solle; Inquisit aber, dem Ansehen nach, nicht nur einen gefährlichen, sondern auch einen dreyfachen

fachen Diebstahl begangen; mithin, daß derselbe mit der ordentlichen Strafe des Stranges zu belegen sey, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. eines Theils Inquisit zur Zeit der verübten Diebstähle nicht über 16 Jahr alt gewesen, andern Theils derselbe von dem mit Ungern verübten zweyten Diebstahle nichts weggebracht, sondern, als er solches von dem Orte, wohin sie das Eisen versteckt gehabt, abhohlen wollen, davon durch die Wächter verjagt worden ist,

ad art. inquis. 23 bis 25 fol. 189 Vol. act. II.

und der Eigenthümer Löwel, iuxt. fol. 204. Vol. act. II, das Eisen dadurch noch gerettet und zurück erhalten hat, drittens Theils der in der Wagenschuppe begangene Eisendiebstahl, wie bereits in den vorigen Entscheidungsgründen des Urthels über Coinquisit Köcheln gezeiget worden, in keinen gefährlichen oder gewaltsamen Diebstähle bestehet, viertens Theils der Eigenthümer bey keinem dieser Diebstähle den Werth des ihm Entwendeten, iuxt. fol. 15 *b.* Vol. act. II, beschworen, fünften Theils Inquisitens Vater dasjenige, was Inquisit von den Diebstählen zu seinem Antheil erhalten, zu ersetzen, fol. 206. Vol. act. II. sich erbothen; folgbar auch bey diesem Inquisiten nicht auf die ordentliche Strafe erkannt werden mag; jedoch derselbe, wegen der Größe und Wiederhohlung der Diebstähle, ebenfalls nicht unbillig mit der Strafe des Staubbesens und ewigen Landesverweisung zu belegen ist:

So ist Inquisit wegen seiner begangenen und gestandenen Diebstähle, gestalten Sachen nach, ebenfalls nach abgeschworner Urphede, mit Staupenschlägen des Landes auf ewig zu verweisen; und wird hiernächst derselbe zur Uebertragung der seines Theils verursachten Unkosten nicht unbillig angehalten.

III

Da hingegen

Johann Adam Dübel, nach vorgehender scharfen Verwarnung vor der schweren Strafe des Meineydes, wobey auch ein oder mehrere Geistliche zu gebrauchen, vermittelst seines leiblichen Eydes sich zu reinigen, und, daß er nicht gewußt, daß das Eisen, welches er aus Johann Georg Köchels Hauße in sein eigen Hauß getragen und hernach an Tillern verkauft, von sothanem Köchel aus der Löbelischen Wagenschuppe mit Einbruch

 gestoh-

gestohlen worden, sondern er es nachhero, als Köchel in Arrest gekommen, gemerkt und erfahren, daß Köchel das Eisen gestohlen gehabt, zu schwören schuldig; im Fall er nun sothanen Eyd würklich leistet, so ist wider ihn weiter nichts vorzunehmen, er ist jedoch die verursachten Unkösten abzustatten schuldig. Hiernächst sind Johann Georg Klötzer und Johann Georg Blochberger jeder mit zwey Tage Gefängniß oder um ein Altschock, der mit dem Inquisit Köchel verübten Kohlenbetrügerey halber, nicht unbillig zu bestrafen, so wohl selbige den Werth der unterschlagenen Kohlen dem Bergcommissär Löwel, wofern dieser dafür Kohlen in Natur anzunehmen nicht gemeinet, und zwar Johann Georg Klötzer, wegen 3 Seeden mit 9 Mfl., Johann Georg Blochberger aber, wegen 2 Seeden mit 6 Mfl., zu erstatten schuldig, es könnte und wollte denn letzterer, nämlich Johann Georg Blochberger, nach vorhergehender scharfen Verwarnung vor der schweren Strafe des Meineydes, vermittelst seines leiblichen Eydes sich reinigen, und, daß er das Gutschreiben weder verlangt, noch approbiret, sondern sich über das vergrößerte Kübelmaaß beschweret, und dahero nur, daß seine Lieferung wegen des vergrößerten Maaßes, auf mehrere Kübel eingeschrieben werden möchte, verlangt hätte, beschwören, auf welchen Fall er mit der obgedachten Strafe billig zu verschonen. Uebrigens werden die *fol. 24 b seq. Vol. act. II.* liquidirten Gerichtsgebühren und zwar die *sub 1)* auf 13 Rthl. 12 gr., die *sub 2)* auf 9 Rthl. 6 gr. hiermit billig gemässiget, da hingegen die *sub 3)* ohne Abgang passiren. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl 1) Johann Adam Dübel den Köchelischen Antheil des in der Löwelischen Wagenschuppe verübten Eisendiebstahls zu 4 Centner Eisen wissendlich nicht verkauft und verheelet haben will, sondern vorschützet, weil Köchel vorgegeben, daß er das Eisen von den Hammerschmieden, als eine jährliche fixe Kohlmessersbesoldung, erhalten, er dieses geglaubt, und also nicht gewußt, daß sothanes Eisen gestohlen gewesen; sodann 2) Johann Georg Blochberger iux. fol. 221 eiusd. Vol. act. II. an dem Betruge des Gutschreibens zweyer Seeden Kohlen keinen Theil genommen haben will; Inquisit Köchel auch selbst fol. 220 b eiusd. Vol. act. II. saget,

get, daß Blochberger keine mehreren Seeden, als er geliefert, eingeschrieben haben wollen; mithin daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. ad 1) Johann Adam Dübel fol. 18 Vol. act. II. bereits gestanden, daß Köchel ihm die gestohlnen vier Centner Eisen angebothen, er solche auch angenommen, aus Köchels Hause herunter in sein Hauß getragen, und sodann an Tillern verkauft habe; ferner derselbe fol. 62 *b* eiusd. Vol. act. II. nicht weiter geleugnet, daß er, ausser den gestohlnen Köchelischen Eisen, noch mehrern Eisenhandel unrechtmäßiger Weise getrieben; desgleichen, fol. 164 *b* eiusd. Vol. act. II, daß ihm Köchel gesagt, wie er gerne sehe, daß das Eisen heimlich gehalten würde, und verschwiegen bliebe, selbst gestehet; sowohl Köchel ihm iuxt. fol. 170 *b* seqq. eiusd. Vol. act. II. mit großer Dreistigkeit unter die Augen gesagt, daß er ihm den Diebstahl erzählet, und Dübel noch darzu die Worte: wenn sie euch nun erwischt hätten: gesprochen habe; Dübel auch fol. 173 eiusd. Vol. act. II. gestehen müssen, daß er das Eisen von Köcheln an einem verdächtigen Orte, nämlich in einem Erdäpfelloche im Keller, abgehohlet; solchemnach der größte Verdacht einer Diebeshehlerey wider ihn ist; hernach ad 2) Blochberger iuxt fol. 221. Vol. act. II. nicht leugnet, daß er, dem Bergcommissär Löweln zwey Seeden Kohlen zu ersetzen, sich schon offeriret, und dem Zeugniß des Inquisitens Köchels kein völliger Glaube beygeleget werden mag, sondern, wofern Blochberger von der Strafe frey seyn will, er den Betrug zuvor durch den Reinigungseyd von sich ablehnen muß; endlich Johann Georg Klötzer fol. 218 Vol. II, daß er durch das Gutschreiben dreyer Seeden Kohlen 9 fl. profitiret habe, eingestanden, und zu deren Ersatz sich erbothen hat; mithin der von ihm verübte Betrug mit einer leidlichen Strafe zu belegen ist: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

CXV.

Urthel

nach O** im August 1764.

Von der Strafe der Blutschande zwischen Seitenverwandten, besonders wenn selbige jemand mit seiner Mutter Schwester begangen hat.

Als uns die wider Hanns Wetzeln zu Schönbach, und Magdalenen Schumannin, zu Herrmannsgrün, ergangenen Inquisitionsacten, so wohl was beede zu ihrer Vertheidigung i. S. ü. u. z. u. d. u. r. M. v. w. d. f. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden, daß ermeldete beede Inquisiten, Hannß Wetzel und Magdalene Schumannin, ihrer begangenen und gestandenen fleischlichen Unzucht und Blutschande halber, nach abgeschworner Urphede, des Landes auf ewig zu verweisen, sowohl jedes zur Erstattung seines Theils verursachter Unkosten nicht unbillig anzuhalten. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Ob wohl A) Inquisit Wezel anführet, wasmasen er 1) die Mitinquisitin Schumannin zu sich nach Schönbach nicht begehret, sondern seine Mutter dieselbe in der guten Absicht, daß sie ihm die Haußhaltung führen möchte, zu ihm nach Schönbach geschicket; diese aber 2) nach ihrem eigenen, ad art. inqu. 97, abgelegten Bekenntniß, dahin, daß sie ihn zur Ehe bekommen möchte, getrachtet, und ihm daher, weder Tag, noch Nacht, Ruhe gelassen, sondern ihn beständig durch allerley Ueberredungen, zur Heyrath zu bewegen gesuchet; auch 3) als er ihr die Ehe abgeschlagen und sie von der Unzulässigkeit dieser Ehe aus der heiligen Schrift unterrichtet gehabt, ihm zur Erzwingung der Ehe mit geilen und unzüchtigen Reizungen beständig zugesetzt, des Nachts auf den Hausboden sich geschlichen, zu ihm ins Bette sich geleget, und ihn auf solche Weise zur fleischlichen Vermischung gebracht; alles dieses aber 4) dadurch eine gar beträchtliche Wahrscheinlichkeit erhalte, daß die Mitinquisitin von ihrer Schwester, als seiner, Inquisitens, Mutter, wie sie ihr denselben zur Ehe geben möchte, zu begehren, und dabey, daß sie ihn nicht lassen

lassen würde, sondern lieber ihr Leben verliehren wollte, zu declariren, ja gar in den beeden Nächten, da sein Bruder bey ihm in Bette geschlafen, sich in solches mit zu legen, sich nicht gescheuet habe; solchergestalt 5) daß er, Inquisit, mit der Coinquisitin unzüchtige Händel zu begehen, den Vorsatz nie gehabt, ausser Zweifel beruhe; und also sein Vergehen nicht als eine fürsetzliche Uebertretung der Gesetze anzusehen sey; dazu auch 6) noch dieses komme, daß eines Theils, er, wie die Blutschande härter, als die Hurerey gestraft werde, nicht gewußt, andern Theils, er sein Verbrechen freywillig bekennet und bereuet, mithin dritten Theils man zu ihm einer Besserung sich zuverlässig zu versehen habe; hiernächst B), so viel die Mitinquisitin Schumannin angehet, in deren Vertheidigungsschrift, folgende Gründe vorgetragen sind, a) daß dieselbe auf dem Lande von Bauersleuten erzeuget, ihre Aeltern, da sie drittehalb Jahr alt gewesen, verlohren, bald unter so viele Herrschaften in Diensten gekommen, folglich ihr in der Jugend keine sorgfältige Erziehung angediehen, mithin b) sie den eigentlichen Verstand des Mosaischen Gesetzes nicht recht einsehen lernen, und also ihre natürliche Triebe nach dieser Vorschrifft nicht einschränken können, c) daß sie, durch die vom Inquisiten Wetzeln ihr versprochene Ehe, ihre Versorgung zu erlangen geglaubt, dieses aber der bey ihr schon in ihrer zärtesten Kindheit gegen Wetzeln durch den mit ihm gepflogenen vertrauten Umgange entstandenen Liebe, einen Zusatz gegeben, welche denn nach und nach, dergestalt, daß sie auf den äussersten Grad in ihrer Art gestiegen sey, sich vergrößert habe, d) daß das von der Inquisitin gestandene Verbrechen nicht als eine vollbrachte, sondern nur als eine unterfangene und eine willkührliche Strafe mit sich bringende Uebelthat anzusehen wäre, indem auf Seiten des Inquisitens so wohl, als der Inquisitin bey der Frage: ob die Blutschande vollbracht sey? gar beträchtliche Zweifel vorkämen; e) daß ausser diesen Gründen, der Inquisitin auch ihr freywilliges Bekänntniß und das Bedenken, ob das Mosaische Gesetz eine allgemeine Verbindlichkeit habe, zu statten komme; endlich C) aus diesen Gründen, daß beede Inquisiten, nicht mit der auf die Blutschande in den Rechten gesetzten ordentlichen Strafe zu belegen wären, von deren Vertheidiger gefolgert werden will:

D. a. u. d. 1) der Inquisit Wezel, wasmasen er, daß die Ehe mit der Mutter Schwester verbothen sey, iuxt. conf. ad art. inqu. 145. fol. 67. **gewust, und davon die Mitinquisitin selbst** iuxt. conf. ad art. inquis. 147. dict. fol. **unterrichtet hat; gleichwohl aber von ihm mit der Coinquisitin**

sitin eine fleischliche Vermischung unternommen worden; folglich, daß derselbe fürsäzlich mit der Coinquisitin Blutschande begangen habe, ausser Zweifel beruhet; II) der Inquisitin Schumannin ihrem Angeben nach, daß in den göttlichen Gesetz die Ehe mit der Schwester Sohn untersaget, mithin auch in den weltlichen Rechten verbothen sey, zwar anfänglich unbekannt gewesen; dieselbe aber doch, wie der Inquisit sie davon sattsam benachrichtiget, und ihr gar das in der heiligen Schrift enthaltene göttliche Gesetz vorgelesen, sie aber dennoch nachhero mit Wezeln sich fleischlich vermischet habe, iuxt. fol. act. 49 und 50. ad art. inquis. 126 und 29. nicht in Abrede zu stellen vermocht; mithin, daß sie mit Fürsaz, wider die göttlichen und menschlichen Rechte gehandelt habe, ebenfals vor Augen lieget; und also III) beede Inquisiten die auf die Blutschande in den Rechten bestimte Strafe verwürket haben; solchergestalt IV) nur darauf, mit was für Strafe sie zu belegen seyn, es anjetzo ankömmt; und dann in den Acten iuxt. fol, 34., daß die Blutschande, in dasigen Landen, nach der carolinischen Halsgerichtsordnung bestraft werde, bezeuget ist; diese aber mit dem Art. CXVII. dazu, daß die Strafe der Blutschande nach den römischen Rechten bestimmet werden solle, die Anweisung giebt; folgbar nicht füglich auf eine andere Strafe, als die ewige Landesverweisung, erkannt werden kann; gestalten in der Nou. XII. das exilium et corporis verberatio, als die Strafe der Blutschande, vorgeschrieben ist; dieses Gesetz aber die Meinung, daß die zwischen Ascendenten und Descendenten begangene Blutschande auf eben die Art, wie die Blutschande, so unter Seitenverwandten verübet worden, zu bestrafen sey, nicht haben können, indem man immer von einem Gesetzgeber, daß er Verbrechen, die, ihrer Größe nach, gar zu sehr von einander unterschieden sind, nicht mit einerley Strafe geahndet wissen wollen, mit gutem Grunde zu vermuthen hat; und um deswillen, daß der Kayser Justinian die in der Nou. XII. ausgedruckte Strafe auf alle Arten der Blutschande gerichtet, und es möge dieses Verbrechen unter Personen, die in aufsteigender Linie sich befinden, oder unter Seitenverwandten begangen seyn, das exilium cum corporis verberatione gesetzet habe, nicht anzunehmen ist; sintemahl man sonst den Justinian, als einen solchen Gesetzgeber, der offenbar wider die Regeln der Gesetzgebung angestosen hätte, ansehen müste; welche Beymessung zu vermeiden x), und andere bewährte Rechtslehrer, daß der Sinn der Nou.

x) MATTH. *de crimin. cap. VI. num.* 5. *pars* 2. *qu.* 73. BOEHMERVS *in obseru.* I. *ad* CARPZ.

Nov. XII. in große Zweifel verwickelt, mithin für ungewiß zu achten sey, mit gutem Grunde behaupten; in beeden Fällen aber, wenn man entweder diese Novelle für ungewiß hält, oder die Regeln der Auslegung auf dieselbe anwendet, eine härtere, als die ewige Landesverweisung, bey dem gegenwärtig in Inquisition befangenen Verbrechen nicht angenommen werden kan; hingegen des sonst bewährten Rechtslehrers Leysers Meynung, die er Tom. IX. spec. 586. med. 7. vorgetragen hat, als ob nämlich die Nov. XII. ein deutliches und in keine Ungewißheit verwickeltes Gesetz sey, darüber zwar jederman, und er selbst auch sich verwundere, um so weniger Beyfall verdienet, je unwahrscheinlicher es ist, daß der Gesetzgeber Verbrechen, so zu einer Art zwar gehören, jedoch eben ihren Grad, und folglich ihrer Moralität nach, gar zu merklich unterschieden sind, überein zu bestrafen sich in dem Sinn kommen lassen; und, wenn gleich KRESS y), BEIER z), LUDOVICI a), CLASEN b), STEPHANI c), BERGER d), ENGAU e), MEISTER f), KOCH g), nebst den übrigen Criminalisten, den Satz, daß bey dem in Frage gekommenen Verbrechen die Leibesstrafe Statt finde, als eine in den Gerichten Teutschlandes geltende Regel betrachten, dennoch dabey zu erwägen ist, daß sie davon, warum dergleichen Verbrecher mit Leibesstrafe zu belegen wären, keinen Grund angeben, sondern hierinnen lediglich dem Carpzov folgen, welcher in praxi crim. part. II. qu. 72, seqq. seine Meinung blos auf folgende Gründe bauet: daß in den chursächsischen Rechten die Leibesstrafe fest gesetzet sey, und das Mosaische Gesetz die fleischliche Vermischung mit der Schwester Sohne untersage; der erstere Grund aber in denjenigen Landen, wo die Blutschande, nach dem Carolinischen peinlichen Rechte, zu bestrafen ist, gar keine Anwendung findet; nicht minder des Carpzovs zweyter Grund von dem Satze, daß die Blutschande mit der Schwester Sohne mit Leibesstrafe geahndet werden müsse, keinen Beweiß abgiebet, indem eines Theils in dem Verbothe kein Grund, daraus die Leibesstrafe, als eine nothwendige Folge, hergeleitet werden könne, anzutreffen ist, andern Theils der Satz, daß dieses Mosaische Gesetz als ein allgemeines Gesetz anzu-

y) *in comm. ad art. 117. C. C. C. §. 2.*
z) *in comm. ad dict. art. pos. 4.*
a) *in comm. ad eund. art.*
b) *ad eund. art.*
c) *ad. eund. art.*
d) *in elect. iurispr. crim. membr. IV. §. 4.*
e) *in iur. crim. Lib. I. tit. 20. §. 209.*
f) *in iur. crim. Cap. XXIV. §. 7.*
g) *in iur. crim. Lib. II. Cap. 18. §. 337.*

anzusehen wäre, vom AYRER h) und vielen andern Gelehrten, mittelst gar beträchtlicher Gründe in Zweifel gezogen wird, dritten Theils davon, ob in 117den art. der Carolinischen Halsgerichtsordnung und dem darinne zum Grunde gelegten römischen Gesetzen die Leibesstrafe in gegenwärtigem Falle der Blutschande bestimmet sey, lediglich die Frage ist; diesemnach des Carpzovs Meinung, obgleich dieselbe von so vielen Rechtslehrern gebilliget wird, und KRESS cit. loc. davon saget, quod poena criminis incestus, vbi iura statutaria nil deficiunt, communi opinione regatur, dennoch solche, bey einem wegen Blutschande abzufassenden Erkänntniß, nicht füglich zum Grunde geleget werden mag, angesehen in Criminalfällen Rechtslehrer, sich an die Gesetze genau zu binden, schuldig sind, absonderlich aber denselben härtere Strafen, als die Worte der Gesetze oder deren zuverlässige Auslegungen mit sich bringen, zu bestimmen, keinesweges frey stehet; so viel aber V) die oben sub A) angemerkten und den Inquisiten Wetzeln angehenden Zweifelsgründe betrift, ad rat. dub. 1) 2) 3) 4) et 5) alle hier vorkommende Ursachen, insonderheit auch des Inquisitens vormaliges gute Verhalten, dessen Einrede, als ob er ohne Fürsetzlichkeit mit der Coinquisitin die Blutschande ausgeübet habe, keinesweges begründen mag, indem vom Inquisiten diese Uebelthat ohne Zwang ausgeführet worden ist; mithin, daß solche aus freyen Willen geschehen sey, sich um so weniger bezweifeln lässet, da er diese Mißhandlung so oft wiederhohlet hat; und zudem, nach den Jahren, darinne er sich befindet, den Reizungen der Coinquisitin, darauf er sich berufet, gar wohl widerstehen können; ad rat. dub. 6) des Inquisitens freywillige Bekennung, die von ihm geäuserte Reue, und die von ihm zu schöpfende Hofnung der Besserung bey einem richterlichen Erkänntniß, bevorab, da die Art der Strafe, worauf jetzo erkannt ist, nicht unter die härten Bestrafungen zu rechnen ist, keinen Grund, auf eine Minderung der nach dem Gesetz proportionirten Strafe zu sprechen, darreichet, am wenigsten aber auf eine allein der hohen Landesobrigkeit zustehende Verwandelung der gesetzlichen Strafe in eine Gefängniß- oder Geldstrafe erkannt werden mag; ferner was die sub B) in der Schumannin Defension enthaltenen und oben beschriebenen Zweifelsgründe belanget, ad rat. dub. a) et b) eines Theils aus der schlechten Erziehung, welche Inquisitin, ihren Angeben nach gehabt, die Folge, daß sie das Verboth der fleischlichen Vermischung mit der Schwester Sohne nicht gewußt, und bey ihr also dasselbe keinen Bewegungsgrund, dieses Verbrechens sich zu enthalten, abgeben

h) in tr. de iur. disp. circa connubia sect. 3. §. 4.

geben können, nicht gezogen werden mag, indem sie, auch bey einer nicht eben sorgfältigen Education, dennoch die Erkänntniß von der Unrechtmässigkeit dergleichen Beyschlafs erlangen können, andern Theils aber diese Einrede ihr deswegen um so weniger zu einer Strafminderung gereichen mag, da sie

ad art. inquis. 151. fol. act. 52 *b*

wasmasen der Inquisit Wetzel ihr das göttliche Verboth aus der Bibel vorgelesen, und sie nichts desto weniger mit denselben die fleischliche Vermischung fortgesetzet habe, nicht in Abrede stellen mögen; ad rat. dub. c) ihr Vorwand, als ob durch die von Wetzeln von denselben ihr geschehene Zusage, daß er sie heyrathen wolle, in seiner

ad art. inquis. 140 fol. act. 66 *b*

erstatteten Aussage abgeleugnet wird; sothanes Vorgeben auch aus dem Grunde, daß er ihr, wie dergleichen Ehe verbothen sey, aus der Bibel vorgelesen habe, nicht wahrscheinlich ist; zudem aber sie dieses angebliche Versprechen so weit, daß sie, Unzucht mit ihm zu begehen, sich entschlossen, bey sich nicht eindringen lassen sollen; solchergestalt dieses Anführen keine Entschuldigung für sie begründet; ad rat. dub. d) die von der Inquisitin begangene Blutschande, keinesweges als ein blos unterfangenes Verbrechen anzusehen ist, in Betracht, daß Inquisitin selbst,

ad art. inqu. 28. fol. act 40 *b*

wasmasen der Mitinquisit Wetzel sein männlich Glied in ihren Leib gebracht, und seinen Saamen in ihren Leib laufen lassen, gestanden, auch wie sie seit einen viertel Jahre sich von ihm schwanger befinde, fol. act. 9. angegeben, und Wetzel in seiner

ad art. inquis. 48 fol. 59 *b* iuxt. fol. 19

gegebenen, Antwort, sich dazu, daß er mit der Schumannin die Blutschande vollbracht habe, gleichfalls bekennet hat; diesen Geständnissen auch der Umstand, daß beede Inquisiten so oft sich mit einander fleischlich vermischet haben, merklich beytritt; ad rat. dub. e) wegen des freywilligen Bekänntnisses zwar in einigen Landesgesetzen der Richter, von der ordentlichen Strafe herunter zu gehen, angewiesen ist, dergleichen Landesgesetz aber in dasigen Landen ermangelt; folglich dazu, daß die Inquisitin deswegen, weil sie ihre Mishandlung freywillig gestanden, mit der ordentlichen Strafe verschonet werde, kein Grund vorhanden ist; so wohl auf

die Frage, ob das Mosaische Gesetz eine allgemeine Verbindlichkeit habe? es anietzo nicht ankommt, da der Satz, daß dergleichen fleischliche Vermischung, als die Inquisitin begangen hat, in den menschlichen Rechten verbothen sey, ausser Zweifel beruhet; endlich die in den Zweifelsgründen sub c) angemerkte Folgerung aus den vorstehenden Entscheidungs- und resp. Widerlegungsgründen ihre völlige Erledigung erhält: So ist demnach wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

CXVI.

Urthel

nach Th** im August 1764.

Die einer Diebin, welche dreymal gestohlen und sonst mehrerer Diebstähle halber verdächtig, auch bereits, ihrer Dieberey wegen, öffentlich mit Ruthen ausgehauen und des Landes auf Zeit Lebens verwiesen worden, so wohl überdem wider ihre abgeschworne Urphede gehandelt hat, zuerkannten Staupenschläge mit der ewigen Landesverweisung und angedroheten Todesstrafe.

Als uns die wider Barbarn Elisabeth Kretschmarin ergangenen Inquisitionsacten, und was selbige zu ihrer Vertheidigung in Schriften übergeben, n. e. Fr. zugeschicket, u. d. u. Rb. g. w. d. f. w. v. R:

Daraus so viel zu befinden: Hat ermeldete Barbara Elisabethe Kretschmarin, bey dem summarischen und articulirten Verhör in Güte bekannt und gestanden, daß sie mit dem Wirth zu Merzbach Ehebruch getrieben, dieserhalb bey den Würzburgischen Amte Ebern in Untersuchung gezogen, und nach abgeschworner Urphede, des Landes verwiesen worden;

ad art. inquis. 50. 51. 52. 54.

dessen ungeachtet aber sie sich in den Würzburgischen betreten lassen, und in die Cent Seßbach gefänglich eingebracht, auch, nachdem sie eines zu Beverfeld im Coburgischen, im Jahr 1760 verübten Kleiderdiebstahls überführet worden, daselbst nach abgeschworner Urphede, den 24sten September 1764 mit Ruthen öffentlich ausgehauen und unter Bedrohung

der

der ohnfehlbaren Brandmarkung der Fränkischen Creyslande auf Zeit Lebens verwiesen worden;

ad art. inquis. 36. 37. 38. 55. 56. 60.

wie sie denn auch ferner zu Königsee, Diebstahls halber in Untersuchung gerathen und daselbst am Prager gestanden;

ad art. inquis. 92. 93.

nicht minder sie zu Wiedersbach, in der Charwoche 1762 in dem dasigen Wirthshause die in dem ein und siebenzigsten Inquisitionalartickel bemerkten, und fol. act. 47 auf 30 Rthl. 17 Batzen eydlich gewürderten Sachen dieblich entwendet;

ad art. inquis. 62. fol.

so wohl, der zu Seßbach geleisteten auf die gesammte Fränckische Creyßlande, besage fol. act. 24 und der Inquisitin Antwort ad art. inquis. 60, gerichteten Urphede unerachtet, sie sich zu Schleusingen, Suhl, Themar, Römhild und den dasigen Dorfschaften betreten lassen.

ad art. inquis. 145.

Wird aber auch Inquisitin beschuldiget, daß sie noch mehrere Diebstähle verübet, und besonders den Herrn Hofrath Thümel, zu Schleusing, die in dem 1102 Inquisitionalartickul bemerkten Sachen, ingleichen bey dem Schwedenwirth zu Eisfeld einiges Bettzeug gestohlen habe.

Ob nun wohl die Inquisitin Diebstahls halber zu Königsee am Pranger gestanden, und in der Cent Seßbach wegen eines zu Beyerfeld in Sachsen Coburgischen verübten Diebstahls mit Staupenschlägen derer Fränkischen Creyslande verwiesen worden, aber dennoch nachhero in den Fränkischen Creys herumgeschweift, und daselbst zu Wiedersbach einen großen auf 30 Rthl. 17 Batzen gewürderten Diebstahl verübet hat; mithin selbige als eine dreymalige Diebin, nach Vorschrift Kayser Carls des fünften peinlichen Halsgerichtsordnung, Articul 162, mit der Todesstrafe um so mehr zu belegen seyn dürfte, als sie bereits zweymal ihrer Dieberey halber bestraft worden, und dennoch sich nicht gebessert, vielmehr nachhero einen größern Diebstahl verübet hat; und solchemnach diejenigen Erfordernisse, welche nach der Meinung der Rechtsgelehrten bey einem Erkänntniß auf die Todesstrafe vorhanden seyn müsse, allerdings da zu seyn scheinen; allenfalls, wann hierunter noch einiger Zweifel ob-

 walten

walten sollte, die Inquisitin wegen der bey dem Herrn Hofrath Thümel zu Schleusingen geschehenen Diebstahls, und bey den Schwedenwirth zu Eißfeld, des gegen sie vorhandenen Verdachts, mit der peinlichen Frage zu belegen seyn dürfte; und Falls selbige den wider sich habenden Verdacht unter der Marter von sich ablehnen sollte, sie dennoch, als eine liederliche Jaunerin, nach Vorschrift des Fränkischen Creyspatents, §. 2. und §. 24. zu brandmarken seyn würde; solchemnach, daß Inquisitin entweder so gleich mit der Todesstrafe zu belegen, oder nebst der Strafe des Staupenschlages zugleich zu brandmarken sey, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. von dem Diebstahl, so die Inquisitin zu Königsee verübet haben soll, in den Acten keine völlige rechtliche Gewißheit vorhanden ist; dergleichen jedoch in dem angezogenen 162sten Artickel der peinlichen Halsgerichtsordnung erfordert wird; mithin, ob der Diebstahl zu Wiedersbach der dritte würklich sey, nicht gänzlich ausser Zweifel ist; anbey, nach der von den Rechtslehrern angenommenen und durch einen fast allgemeinen Gerichtsbrauch bestätigten Meinung, der dritte Diebstahl nicht schlechterdings, sondern erst alsdenn, wenn zugleich dessen Werth die zu einem großen Diebstahl erforderlichen 5 Ducaten ausmachet, mit der Todesstrafe beleget wird i), dergestalt, daß wenn der Bestohlene in so weit entschädiget ist, daß dessen Schade keine 5 Ducaten ausmachet, die Todesstrafe hinwegfällt k); und denn der zu Wiedersbach verübte Diebstahl zwar auf 30 Rthl. 17 Batzen endlich gewürdert ist, hiervon aber, besage fol. act. 47, der Eigenthümerin 16 Rthl wegen des blautuchenen Mantels und solchergestalt nur 12 Rthl. 17 Batzen übrig bleiben, welche die erforderlichen 5 Ducaten nicht ausmachen; und der zu Beyerfeld verübte Diebstahl um deshalb nicht in Ansatz kommen mag, weil Inquisitin dieserhalb bereits bestrafet worden; hiernächst wegen des bey dem Hr. Hofrath Thümel zu Schleusingen geschehenen Diebstahls wider die Inquisitin keine zur peinlichen Frage hinreichender Verdacht vorhanden ist, masen, wenn gleich Inquisitin, wie doch nicht hinlänglich erwiesen ist, um die Zeit, da dieser

i) BEN. CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 78. *num.* 80. BERGER *elect. iurispr. crim. cap.* 2. *memb.* 1. §. 6.

k) Vsus fori germanici in furto simplici eodemque tertio poenam capitis vix aliter admittit, quam concurrentibus tribus requisitis, 1) vt quantitas rei furtinae quinque solidos excedat, 2) eadem non sit restituta, 3) fur iam sit punitus. BERGER l. c. GOELHAVSEN *actor. iudic. crim. cap.* 2. *tit.* 27. *num.* 45.

dieser Diebstahl ausgeübet worden, zu Rappelsdorf, einem in Schleusingischen Amtsdorfe, sich aufgehalten, und der Thümelische Diebstahl von zwey Weibspersonen würklich ausgeübet worden seyn sollte, dennoch aus diesen Umständen, daß die Inquisitin eine von diesen Weibspersonen gewesen sey, mit Zuverlässigkeit sich nicht so lgern läst; nicht zu gedenken, daß das corpus delicti bey diesem Diebstahle noch nicht in rechtliche Gewißheit gesetzet ist; solches auch bey dem zu Eißfeld bey dem Schwedenwirth verübten Diebstahle, besage fol. act. 33, ermangelt; mithin ein Erkänntniß auf die peinliche Frage nicht Statt finden kann; über dies die Inquisitin, daß sie sich zu Ziegeunern und andern ihres gleichen Jaunern auf den Feuerplätzen und sonst gehalten, und mit ihnen herumgezogen sey, in den Acten nicht überführet ist, und also die in dem Fränkischen Craysspatent §. 2. enthaltene Beschreibung des Jauners auf selbige nicht wohl angewendet werden mag; sowohl deren Vorgeben, als ob sie, daß Themer, Schleusingen, Suhl und Römhild zum Fränkischen Creys gehörten, nicht gewußt habe, keineswegs unwahrscheinlich ist; und bey diesen Umständen Inquisitin dermalen mit der Brandmarkung annoch verschonet werden kann, wohl aber dennoch selbige, als eine schädliche Person und Diebin, nicht nur mit der Strafe des Staupenschlages zu belegen, sondern auch, Falls sie anderweit in dem Crayse sich betreten lassen sollte, mit der Todesstrafe, nach Maasgabe des 24sten Articktuls des vorerwehnten Patentes, anzusehen ist:

So ist derowegen Inquisitin, nach abgeschworner Urphede mit Staupenschlägen der Fränkischen Creyßlande auf ewig zu verweisen, und selbige zugleich zu bedeuten, daß, Falls sie in besagtem Creyse sich anderweit betreten lassen würde, an ihr nach Vorschrift des Creyspatentes, die Todesstrafe vollzogen werden solle. V. R. W.

CXVII.

Urthel

nach H** im October 1769.

Von der einer Diebin, welche acht Diebstähle begangen und die Urphede gebrochen, dictirten Strafe des Staupenschlages mit der ewigen Landesverweisung.

Als uns die wider Margarethen Catharinen Barbaren Schillingin ergangene Inquisitionsacten, und was selbige zu ihrer Vertheidigung in

Schriften übergeben lassen, in zwoen Stücken n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden: Hat ermeldte Margarethe Catharine Barbare Schillingin bey dem summarischen und articulirten Verhör in Güte bekannt und gestanden, daß sie

1) im Jahr 1766 unter dem falschen Namen Margaretha Barbara Mechtoldin sich nach Veilsdorf bey Hannß Bosecken vermiethet, und während ihrer Dienstzeit gedachten ihrem Dienstherren ein Viertel Weizen gestohlen, welches sie zu Eißfeld für 16 ½ Batzen verkauft;

ad art. inquis. 38 bis 61.

2) zu Ottowind, bey Johann Georg Habermannen, die fol. 15 und bey Dorotheen Tillerin, die fol. act. 16 vol. ⊙ specificirten Kleider und andere Sachen dieblich entwendet;

ad art. inquis. 84 bis 91

3) zu Mäder, ein Buch und ein Paar Strümpfe,

ad art. inquis. 96. seqq.

4) zu Oberlauter, zwey Mieder und ein Halßtuch,

ad art. inquis. 101 bis 108.

5) zu Bettelsdorf, ein Paar Weiberschu mit gelben Schnallen,

art. inquis. 109 bis 113.

6) zu Wiesendorf, bey dem Sackbauer ein Paar Pantoffeln, ein Paar leibfarbene Strümpfe, zwey Halßtücher, eine Schürze und ein Gurtband,

art. inquis. 114 bis 121

7) zu Molkenbrunn, ein Weibercamisol diebischer Weise an sich genommen;

art. inquis. 121 bis 128

ingleichen, daß sie

8) dieser Diebstähle halber, zu Hildburghausen in Arrest gewesen und daselbst, nachdem sie zwey Stunden an dem Pranger gestanden, und funfzehen Stockschläge bekommen, nach abgeschworner Urphede, der Sachsen Hildburghausischen Lande auf ewig verwiesen worden,

art. inquis. 136 — 145.

sie

sie aber diesen ihren Eyd gebrochen, und zu dreyen malen wieder die Hildburghausischen Lande betreten habe;

art. inquis. 146 bis 153 und 194

auch,

9) nachdem sie zu stehlen den Vorsatz gefasset, sich anfänglich in solcher Absicht nach Hellingen, von dar aber nach Elsa begeben, und daselbst bey dem Lehnschuldheißen, Johann Nicol Hofmann, die fol. act. 12 *b* seqq. specificirten und fol. 18. auf 28 fl. 14 gr. 3½ pf. taxirten Sachen, nebst drey Gulden am Gelde und etwas Brod und Fleisch gestohlen habe.

art. inquis. 216 — 261.

Ob nun wohl, nach klaren Innhalt des 162sten Artickels der Carolinischen Halßgerichtsordnung das Stehlen zum dritten male mit dem Tode bestraft werden soll; die Inquisitin aber geständiger masen acht Diebstähle verübet hat; dahero, daß selbige zum Tode zu verdammen sey, um so mehr dafür gehalten werden dürfte, als der Werth des neuerlich von derselben bey dem Lehnsschuldheißen Hofmann, zu Elsa, begangenen Diebstahles, wenn zumal die unter der fol. 18 gemachten und fol. act. 59 Vol. eydlich bestärkten Taxe nicht mit begriffenen 3 fl. darzu gerechnet werden, die zu einem großen mit dem Tode zu bestrafenden Diebstahl erforderlichen 5 Ducaten übersteiget; auch die Inquisitin Diebstahls halber bereits bestrafet worden, und die erlittene Strafe sich zu keiner Besserung dienen lassen; anbey die dem Eigenthümern geschehene Restitution des gestohlenen Guts bey dem dritten Diebstahl zu keiner Milderung der Strafe dienet; da hingegen, wann auf die Anzahl der Diebstähle nicht gesehen werden könnte, die Inquisitin nicht nur mit der Todesstrafe, sondern auch mit der Strafe des Staupenschlags zu verschonen seyn dürfte, in Betracht bey dem dermalen einig und allein zur Untersuchung gekommenen Elsaer Diebstahl in den Acten die eydliche Bestärkung ermangelt, und die gebrochene Urphede, in Betracht, daß die Inquisitin nicht aus böser Absicht, sondern, weil sie ihr Weg so getragen, durch die Hildburghausischen Lande gegangen ist, mit der sonst auf die Verletzung der Urphede gesetzten Strafe zu verschonen seyn dürfte; dahero, daß Inquisitin blos nochmalen des Landes zu verweisen sey, es scheinen will:

D. a. u. d. das Stehlen zum dritten male, nach Vorschrift der peinlichen Gerichtsordnung Kaysers Carls des Fünften, Artickel 162, nur alsdenn

alsdenn mit der Todesstrafe beleget werden kann, wann solcher dreyfache Diebstahl mit gutem Grund erfunden, also das corpus delicti bey allen dreyen Diebstählen in völlige Richtigkeit gesetzet worden; dieses aber in dem vorliegenden Falle ermangelt, indem die in den Acten sub ⊙ vormalen zur Untersuchung gekommenen 7 Diebstähle insgesammt nicht eydlich bestärket sind, also das corpus delicti so, wie es bey einem auf die Todesstrafe zu richtenden Erkänntniß erfordert wird, keinesweges berichtiget ist; und bey diesen Umständen zwar nicht auf die in dem angezogenen 162 Artickel bestimmte Todesstrafe erkannt, wohl aber dennoch Inquisitin mit einer schweren Leibesstrafe beleget werden kann, angesehen der von der Inquisitin begangene und gestandene Diebstahl unter die großen Diebstähle zu rechnen ist; bey diesem aber die erfolgte Restitution des Gestohlenen zwar von der Todes- nicht aber von der Leibesstrafe befreyet; letztere auch die Inquisitin wegen der von ihr gebrochenen Urphede, nach Vorschrift der Carolinischen peinlichen Gerichtsordnung Artickul 108, ohnehin verdienet hat, zumalen da selbige, daß sie Stehlens halber, mithin aus bösen Vorsatz, in die Hildburghausische Lande gegangen sey, ad art. inquis. 181. 182. eingestehet, jedoch, da nebst der Verletzung der Urphede die Inquisitin zugleich ein anderes schweres Verbrechen verübet hat, Statt der in dem besagtem 108ten Articul gesetzten Strafe, auf die Strafe des Staupenschlages zu erkennen ist; darwider die Inquisitin nicht schützen kann, daß noch zur Zeit der Diebstahl nicht beschworen ist, indem eines Theils die eydliche Bestärkung annoch geschehen kann, andern Theils bey den vorliegenden Umständen, da auf keine Todesstrafe erkannt wird, die eydliche Bestärkung nicht schlechterdings nothwendig ist, sondern die Inquisitin mit den gestohlnen Sachen angetroffen, und der Diebstahl von ihr eingestanden, auch die Sachen von vereydeten Personen gewürdert worden, das corpus delicti für berichtiget gehalten werden mag:

So ist derowegen Inquisitin, ihres wiederhohlt begangenen und gestandenen Diebstahls, auch gebrochener Urphede halber, nach nochmaliger abgeschworner Urphede, mit Staupenschlägen des Landes auf ewig zu verweisen. V. R. W.

CXVIII.

Urthel

nach R** im October 1768.

Von der Strafe eines Räubers, welcher eigentlich kein Strassenräuber gewesen; mit einer Erklärung des l. 28. §. 10. D. de poenis.

Als uns die, wider Nicol Mathes Bocken, aus Mellenbach, ergangenen Inquisitionsacten, sowohl was derselbe zu seiner Vertheidigung in Schriften übergeben, z. u. d. u. r. M. v. w. d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden: Hat ermeldter Inquisit, nachdem er summarisch und articfelsweise vernommen worden, in Güte bekannt und gestanden, 1) daß er auf öffentlicher Straße zwischen Willmersdorf und Friedersdorf über dem Stege, wo man in den Weg nach Friedersdorf gehet, bey einem Busche wider Christian Arnden, aus der Absicht, sich dessen Ranzens und des bey ihm vermutheten Geldes zu bemächtigen, sich gelagert,

ad art. inquis. 92. 106. und 107.

auch 2) dergestalt, als derselbe angekommen, mit einem starken mit beyden Händen in die Höhe gehaltenen knotigten Stocke auf den Kopf gedachten Arnds aus dazu vorhergefaßter Absicht hineingekeilet,

ad art. inquis. 93. 97. 102.

daß, als Arnd, o Jesus! o Jesus! geschrien, und, nach empfangenen dritten Schlage, umgefallen, er selbigem, dem ungeachtet, annoch den vierten Schlag, um stille zu schweigen, damit es niemand höre und herzu käme, gegeben,

ad art. inquis. 94. 96. 109. 110. wie auch fol. act. 185 *b* und 186.

nicht minder hierauf 3) Arnden, der hierbey gewinselt und geiammert, seinen aufgehockelten Ranzen von dem Buckel, indem er Arnds Arme durchgezogen, abgenommen, und da, wo er den Ranzen aufgemacht, mit einem Messer den Riemen entzwey geschnitten,

ad art. inquis. 95. 113. 114. und 115.

auch 4) einige Sachen herausgethan, selbige aber, nachdem er zweymal hineingegriffen und etwas an Hellern, wovon er nachhero 4 bis 4½ gr. ausgegeben, sich zugeeignet, liegen gelassen.

ad art inquis. 119. 121. 123. und fol. 189.

Ob nun wohl, in des Inquisitens Vertheidigungsschrift angeführet wird, 1) daß die in dem viso reperto fol. act. 202. beschriebenen Wunden und Contusionen eines Theils weder absolut lethal, noch von Erheblichkeit gewesen wären, masen die Ludewigin fol. act. 114 und der Schneider Höhlein fol. act. 115 bezeugten, daß Arnd, ehe er noch verbunden gewesen, ziemlich frisch und fein reden können, auch seinen Verstand gehabt, er auch kurz darauf iuxt. fol. 148 noch ganz frisch und bey vollkommen gutem und muntern Verstande, auch bereits in Ansehung des verschwollen gewesenen Gesichts, wieder hergestellt gewesen wäre; andern Theils aber auch sothane Wunden und Contusionen, iuxt. fol. 186. *b* et 246 *b* seqq. allen Vermuthen nach, nicht blos von den 4 Schlägen sondern auch zugleich zum Theil von dem rückwärts auf die Steine gethanen Fall herrührten; und 2) Inquisit, iuxt. fol. 185 *b* seqq. und 252 *b* bey den Arnden gegebenen Schlägen, selbigen zu tödten, nicht die Absicht gehabt hätte; wie denn auch 3) Arnd, iuxt. fol. act. 218 noch am Leben und gesund wäre; sowohl 4) Inquisit nicht als ein solcher Strasenräuber der mit der ordentlichen Strafe des Strasenraubes zu belegen, angesehen werden könnte, gestalten dasiger Orten, besage des Marginalattestats fol. act. 309 *b* nach den gemeinen Kayserlichen Rechten, und also nach der peinlichen Halsgerichtsordnung Kayser Carls des Fünften, gesprochen würde; diese aber art. 126 auf die gemeinen Kayserlichen Rechte, mithin auf das römische Recht sich beziehe; und dann, nach solchem, Innhalts des l. 28 §. 10. D. de poenis, die Lebensstrafe nur alsdenn, wenn a) der der Raub nicht zum ersten male, sondern öfters, und also wenigstens dreymal; auch b) mit einem Gewehr von Eisen, und c) auf öffentlicher Landstrasse begangen worden, Platz greife, gleichwohl diese Erfordernisse von Seiten des Inquisitens Bockens ermangelten, in Betracht, daß wider denselben, nach dem Marginalattestat fol. 305 *b*, ausser einem verdächtigen verbothenen Umgange mit einer Wittbe, bey dasigem Fürstlichen Amte, wegen Dieberey, Ungehorsams gegen Fürstl. Amt und unchristlichen Bezeigens nichts vorgekommen sey; Inquisit Bock die Uebelthat auch iuxt. fol. 144 *b* nicht auf öffentlicher Landstraße, sondern in dem zu Willersdorf und Friedersdorf gelegenen so genannten Thälgen verübet; und iuxt. fol.

256 a

256 *a* et *b* höchstens nicht mehr, als 3 Rthl. 14 gr. an Hellern aus dem abgenommenen Ranzen entwendet, man aber die übrigen Sachen, iuxt. fol. act. 143 wiedergefunden hätte, und selbige Arnden, iuxt. fol. 218. wiederum zugestellt werden sollten; Inquisit auch überdem gleich nach begangener That über solche, iuxt. fol. act. 185, 188 *b* und 252, durch Weinen seine Wehmuth geäussert, selbige noch vor der Specialinquisition, iuxt. fol. act. 183 seqq. freywillig bekannt, und darüber auch noch nachhero iuxt. fol. 258 eine große Reue bezeuget hat; aus sothanen Gründen aber, und weil einige Rechtslehrer den Räuber, bey Ermangelung obangezogener drey Erfordernisse, von der Schwerdstrafe frey sprechen, und daß alsdenn nur eine willkührliche Strafe Statt habe, dafür halten l), daß Inquisit lediglich mit einer gelinden willkührlichen Strafe zu belegen sey, in der Defensionsschrift gefolgert werden will:

D. a. u. d. der Raub in einem solchen Verbrechen, da man jemanden, mittelst einer an seiner Person ausgeübten Gewalt, etwas Gewinstes halber wegnimmt, bestehet; hiebey auch weder der Unterscheid des Geschlechtes, noch der Würde, noch der Werth der geraubten Sache, noch deren Wiedererstattung, noch das dieses Verbrechen nur zum ersten mal begangen worden, noch der Ort, wo es begangen worden, etwas zu Milderung der ordentlichen Strafe beyträgt m), anerwogen die Schwere dieses Verbrechens nicht von diesen verschiedenen Umständen, sondern lediglich von der boshaftigen Verletzung der öffentlichen Sicherheit abhänget, und dieserhalb nicht nur in Kayser Carls des Fünften peinlichen Halsgerichtsordnung art. 126, sondern auch in den Sächsischen Landrecht lib. 2 art. 13, daß ein boßhaftiger überwundener Räuber am Leben, besonders mit dem Schwerdte gestraft, oder ihm das Haupt abgeschlagen werden solle, schlechthin verordnet ist; sowohl schon diejenige Weglagerung, welche aus der Absicht den andern zu berauben, und, zu dessen Erleichterung, ihn zu verwunden, geschiehet, aus gleicher Ursache, weil ein

 solcher

l) STEPHANI *ad artic.* 126. *constit. crim.* ZIERIZ *ad eund. art.* FABER in *cod. lib.* 9. *tit.* 25. *def.* 7. *num.* 3. BESOLD in *thesaur. pract. voce* Raub. BRVNNEMANN *ad l.* 28. *D. de poen. num.* 8. LEYSER *meditat. ad pand. spec.* 539. *med.* 8.

m) LAVTERBACH in *colleg. theor. pract. lib.* 47. *tit.* 8. §. 2. 6. *et* 21. KRESS in *comment. ad art.* 126. *const. crim. car.* §. 2. und 3. Frölich *de* Frölichsburg *comment.* in peinl. Halsgerordn. *lib.* 4. *tit.* 15. *num.* 4. *seqq.* CARPZOV in *pract. rer. crim. part.* 2. *qu.* 90. *num.* 22. 39. 42. 55.

solcher Weglagerer die gemeine Sicherheit der Strassen verletzet, und von ihm die Wandernden in schweere Angst und Furcht gesetzet werden, mit dem Schwerdte bestraft wird n); solchemnach wenn zur Weglagerung der würkliche Raub hinzugekommen ist, der mit einer Weglagerung ausgeübte Raub um so mehr mit dem Schwerde bestraft zu werden verdienet; Inquisit Bock aber beydes, sowohl die Weglagerung als den würklichen Raub, wie aus der vorausgesetzten Geschichtserzählung erhellet, hat zu Schulden kommen lassen; demselben auch dasienige, was zu seiner Vertheidigung angeführet worden, nicht zu Statten kommen mag, gestalten ad 1) zu dem Raube, daß der Beraubte zugleich tödlich verwundet worden, nicht erforderlich ist, und schon derjenige, welcher jemanden seine Sache nicht nimmt, jedoch mit Gewalt dazu zwinget, daß er sie ihm giebet, für einen Räuber, der mit dem Schwerdte vom Leben zum Tode zu bringen ist, geachtet wird o); so wohl überdem der Raub, welcher mit heftigen Schlägen auf den Beraubten ausgeübet worden, die ordentliche Strafe des Schwerdes gar nicht ändert, jedoch äusserlich erschweret, daß die sonst nicht nur in, sondern auch ausserhalb Sachsen, andern zum Abscheu und Exempel, gewöhnliche Flechtung des enthaupteten Räubers auf das Rad p), um so weniger, wie auch CARPZOV *in pract. rer. crim. part. 2. qu. 90. num. 33.* mit vielen Urthelssprüchen bestärket, bedenklich ist; Inquisit Bock aber Arnden mit seinem knotigten Stocke drey solche heftige Schläge gegeben, daß dieser darüber zu Boden gefallen, und Bock ihm auch da, des Arnds jämmerlichen Geschreyes, o Jesus! o Jesus! ungeachtet, noch den vierten Schlag gegeben hat, und er, Bock, fol. act. 186. selbst gestanden, daß Arnd gar leichte, woferne Gott hierunter nicht ein anders beschlossen gehabt, nur von einem einzigen dieser Schläge so gleich hätte des Todes bleiben müssen; so wohl die Verwundungen, nach dem beschwornen viso reperto fol. act. 202, sehr groß gewesen, und, wenn selbige auch gleich zum Theil von dem rück-

wärts

n) BEYER *ad art.* 126. *n.* 6. KRESS *ad art.* 129. §. 4. KOCH in *instit. iur. crim.* §. 605.

o) CARPZOV *l. c. qu.* 90. *num.* 66-70. MEVIUS *ad ius Lubec. lib.* 4. *tit.* 2. *art.* 1. *num.* 13 et 14. STRYK in *usu mod. Pand. lib.* 7. *tit.* 8. §. 5.

p) HOPP in *comment. ad instit. tit. de vi bonor. rapt. ad princ.* in *usu hod.* BRUNNEMANN in *proc. inquis. cap.* 9. *num.* 83. CLASEN *ad art.* 126. *constit. crim.* MEVIUS *ad ius Lub. lib.* 4. *tit.* 2. *art.* 1. *num.* 8. STRYK in *usu mod. Pand. lib.* 47. *tit.* 8. §. 4. CARPZOV *l. c. qu.* 90. *num.* 14. *sqq.* LEYSER *spec.* 539. *med.* 13.

wärts auf die Steine gethanen Fall herrühren sollten, solche gleichwohl aus Inquisitens Bocks bösen That, wie er selbst gestehen müssen, entstanden sind;

ad art. inqu. 98. 99. und 100.

und daß Arnd darauf, ehe er noch verbunden gewesen, ganz fein und ziemlich frisch hat reden können, seiner starken Natur und lauten Sprache, nach der Randnote fol. act. 114 zuzuschreiben ist; ob auch gleich derselbe als er sich, bey dem Amte in Person gemeldet und seinen Ranzen, nebst den darinn befindlichen Sachen zurück verlanget, in dem Gesicht, iuxt. fol. 218 ganz vollkommen wieder ausgesehen, dennoch selbiger auf Befragen versichert hat, daß er in seinem Kopfe beständig schwindlich und der rechte Arm, wie auch die rechte Hand, woran die kleine Röhre entzwey geschlagen und der kleine Finger alles zerschmettert worden, sehr schwer sey, und er an dem kleinen Finger, woran das Vordergelenke abgelöset werden müssen ein beständiges schmerzhaftes Hämmern empfinde; sowohl ad 2) und 3) zu dem Raube, daß der Räuber den Beraubten zu tödten die Absicht gehabt und wohl gar getödtet habe, nicht erforderlich ist, angesehen dergleichen Uebelthat, den Raub in ein latrocinium oder Strassenraub verwandelt q); und ob schon ad 4) Inquisit Bock, weil er Arnden zu töden nicht die Absicht gehabt, für einen eigentlichen Straßenräuber nicht zu halten ist, ihn jedoch dieses von der ordentlichen Strafe des Raubes nicht befreyet; in der peinlichen Halsgerichtsordnung Kayser Carls des Fünften aber nicht blos eine Beziehung auf die gemeinen kayserlichen Rechte oder das römische Recht geschiehet, sondern die Worte in art. 126 ausdrücklich enthalten, „daß ein jeder boshaftiger überwundener Räuber, „nach Vermög unser Vorfahren und unser gemeiner Kayserlichen Rechte „mit dem Schwerd, oder, wie an jedem Orte in diesen Fällen mit guter „Gewohnheit Herkommen ist, doch am Leben gestraft werden soll;" solchemnach, da der Kayser jedem Räuber ohne alle Einschränkung am Leben gestraft wissen will, hierbey auch die Todesstrafe auf keinen in dem römischen Recht etwa besonders ausgedruckten Fall, da der Räuber am Leben zu bestrafen eingeschränkt werden darf, zumal da der Kayser auch auf jedes Ortes gute Gewohnheit, nach welcher der Räuber auch am Leben zu bestrafen, wie dergleichen nun ebenfalls schon damals in Sachsen anzutreffen war und noch angetroffen wird r), sich beziehet; über dieses der

q) CARPZOV *l. c. qu.* 90 *num.* 4. 5. 6. CARPZOV *qu.* 90. *num.* 11. 12. 13.
r) Sächs. Landrecht *lib. 2. art.* 13.

der l. 28. §. 10. D. de poenis des Vertheidigers davon gemachte Erklärung nicht in sich enthält, sondern aus diesen Worten: grassatores, qui --- cum ferro aggredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur: vtique si saepius atque in itineribus hoc admiserunt: bestehet; welche nichts anders, als dieses, Straßenräuber, welche mit tödlichem Gewehr die Leute anzufallen und zu berauben den Vorsatz blicken lassen, sollen, zumal wenn sie solches öfters und auf der Straße gethan, enthauptet werden: bedeuten; daß also, nach diesem Gesetz, schon der durch einige Thätlichkeit geäusserte Vorsatz, den andern anzufallen, und zu berauben, am Leben gestraft wird; und diese Strafe nur desto zuverlässiger Statt finden soll, wenn der grassator dergleichen Vorsatz öfters und auf der Straße zu Schulden kommen lassen; mithin die Meinung einiger Rechtslehrer, welche die von dem Vertheidiger angegebenen drey Eigenschaften zum Raube erfordern, ganz irrig ist, bevorab, da unter dem Worte ferrum nicht blos ein Gewehr von Eisen, besonders ein Degen oder Schwerdt, sondern überhaupt alle und jede Waffen, womit man Andern große Verletzungen zufügen kann, und wohin also auch des Inquisitens wider Arnden gebrauchter knotiger Landstock gehöret s); so wie auch unter dem in dem obangezogenen l. 28. §. 10. D. de poenis vorkommenden Worte iter nicht blos iter publicum eine öffentliche Landstraße, sondern auch andere öffentliche Wege, zum Exempel, Dorfwege, zu verstehen sind t); über dieses iuxt. fol. 144 *b* zwar der geraubte Ranzen auf einer in Willendorfer Fluhr gelegenen Wiese gefunden, der Raub selbst aber, nach Aussage des Inquisitens ad art. inquis. 92 fol. 244 *b* auf öffentlicher Landstraße begangen worden ist; sowohl bey dem Raube, obausgeführter Masen, es weder auf den Werth der geraubten Sachen, noch dessen Wiedergabe ankommt, und, wenn gleich Inquisit vor der Specialinquisition freywillig bekannt, er doch vorhero fol. act. 122. 127 *b*, 129 *b*, 130. 131. 150 *b* 152 *b* 174. 175. 177. 179 *b* 181 182 *b*, unter entsetzlichen Vermessungen die That geleugnet hat:

So ist derowegen Inquisit, daferne er vor gehegtem hochnothpeinlichen Halsgerichte auf seinem Bekänntniß beharret, oder dessen, wie recht überführet wird, seines boshaft begangenen

s) *l. 9. D. ad leg. Iul. de vi publica.* HAHN *ad* WESENBEC. *lib. 47. tit. 8. num.* 7. LAUTERBACH in *coll. pract. lib. 47. tit. 8. §. 2.*

t) *l. 2. §. 22. D. ne quid in loco publico vel itinere fiat.*

nen und gestandenen Raubes halber mit dem Schwerdt vom Leben zum Tode zu richten, und folgends dessen Cörper, andern zum abschreckenden Exempel, auf ein Rad zu flechten, es wollte denn die durchlauchtigste Landesherrschaft auf dessen demüthigstes Bitten, ihm Gnade erweisen, und in Erwegung seiner gleich nach begangener That geäusserten Wehmuth und nachhero bezeigten großen Reue, die Todesstrafe erlassen, auf solchem Fall wäre er mit dem Staupenschlage zu belegen, und sodann auf seine Lebenszeit in das Zuchthaus zu bringen und daselbst zur Arbeit anzuhalten. V. R. W.

CXVIIII.

Urthel

nach G** in May 1774.

Von der Todesstrafe einiger Posträuber.

Als uns die wider Johann Peter Heinrich Schellern, Johann Gottfried Otto und Johann Georg Schmidten ergangenen Inquisitionsacten sub I. II. III. IIII. V. und Va mit andern beygelegten Actenstücken, nebst einer Frage z. u. d. u. Rb. g. w. d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden: Hat

I.

ermeldter Inquisit Johann Peter Heinrich Scheller, nachdem er summarisch und artikelsweise vernommen worden, in Güte bekannt und gestanden,

A) daß er den in der Nacht zwischen Mitwochen und Donnerstags vom 22ten auf den 23ten September des vorigen 1773sten Jahres gegen 12 Uhr an der von Eisenach nach Gotha gehenden ordinären Post, worauf acht Reisende befindlich gewesen, zwischen Wechterstedt und Teutleben geschehenen Raub mit seinen vier räuberischen Gesellen, den flüchtigen beyden Hessen, der lahme Caspar Dietrich und Han Görge benannt, und den beyden Mitinquisiten, den jungen Drucker, Johann Gottfried Otto, und den Bürstenbinder, Johann Georg Schmidten, in der Maße verübet, daß er mit seinen vorbesagten Diebes- und Räubergesellen auf der

neuen

neuen Schenke zusammen gekommen, und von dar auf den Postraub ausgegangen,

art. inquis. 85. 86. Vol. act. V.

sich mit ihnen in dem an der neuen Strasse, zwischen Wechterstedt und Teutleben, befindlichen Steinbruch hingeleget,

art. inquis. 109:

und, als Caspar etlichemal herausgegangen und sich umgesehen, auch gesagt: es kommt unten herauf etwas, es fährt recht schwer, wie ein Wagen, und Han Görge darauf geantwortet: so wollen wir hinauf gehen und sehen was es ist, Caspar auch ihnen zugerufen: ihr Leute kommt heraus, er, Inquisit Scheller, mit den andern aus dem Steinbruche heraus und auf den neuen Weg gegangen wäre;

art. inquis. 110. 118.

sodann Han Görge sie mit den Worten: nun ihr Leute ihr müsset mit angreifen, haltet euch, der erste der ausreisset, den schmeissen wir über den Haufen: angeredet, und Caspar darauf dieses: nun wollen wir die Leute austheilen, wie es werden soll: versetzet, auch mit Han Görgen die Veranstaltung folgender Masen gemacht hätte, daß der Bürstenbinder Schmidt die vorder Pferde, damit der Postknecht nicht fortfahren könne, von der Strasse abführen, Otto zum Postknecht sich stellen, und er, Scheller, hinter den Wagen gehen, und darauf, ob etwa noch was gefahren käme, acht haben und in der Geschwindigkeit den Coffer herunter schneiden, oder, wie er solchen herunter bringen könne, herabreissen sollte, sie, Caspar und Han Görge aber, um den Wagen bleiben und der eine auf die rechte, der Andere aber auf die linke Seite des Wagens sich stellen, und sie mit einander auf die Art die Post anfallen wollten; dieser Anfall auch würklich, als die Post angekommen, auf solche Mase geschehen wäre;

art. inquis. 127 — 134. und in summarischen Verhör fol. 12. Vol. act. II.

indem Schmidt die vorder Pferde von der Strasse abgeführet, Otto zu den Postillion sich gestellet, er, Scheller, hinter den Wagen sich begeben, Caspar und Han Görge aber, welche grose Prügel und Pistolen bey sich gehabt, sich zu beyden Seiten des Postwagens gestellet, mit Steinen in

selbigen

selbigen geworfen und mit ihren Prügeln auf die Passagier dermassen loß- geschlagen, daß selbige gar jämmerlich geschrien hätten,

art. inquis. 137. 139. 140. 153. und in summarischen Verhör fol. 12 *b* Vol. act. II.

zween Passagier von dem Wagen herunter gesprungen und fortgelaufen, Han Görge aber einen andern Passagier, den Kaufmann Born von Erfurth, als dieser vom Wagen herunter gekommen und den Fuß auf die Erde gesetzet, gleich gerade über den Kopf dergestalt einen Schlag ver- setzet, daß demselben das Blut sogleich übern Kopf her ins Gesicht geron- nen, und denselben auf die Erde gestossen, daß er gleich neben dem Vor- derrade des Wagens hingefallen, auch dergestalt verwundet, daß er sei- nen Stock an selbigen übern Kopf entzwey geschmissen, denselben geplün- dert, so wie dieses auch Casper an einem andern Passagier, den Kaufmann August Möller von Leipzig, welcher von Wagen herunter springen und sein Kleid ausziehen müssen, ausgeübet hätte,

ad art. inquis. 155. 161. 162. 163. 176—189. 199. 200.

sodann Han Görge auf den Wagen gesprungen und die Kistel, worinne die Uhren gewesen, nebst einem Kober vom Wagen herunter geworfen, hierauf, als er, Scheller, so ein dickes langes unten mit Meßing beschla- genes und mit einem Stachel versehenes spanisches Rohr, ingleichen ein Couteau oder Seitengewehr bey sich gehabt, hinter dem Postwagen den Coffre nicht herunter kriegen können, Han Görge und Caspar denselben mit Gewalt herunter gerissen,

ad art. inqu. 138 *a* 211 und in summ. Verhör fol. 12 und 14 *c*. Vol. II.

und sie gleich mit den geraubten Coffre, Kistel, blechernen Schachtel und Kober, welchen er, Scheller, fortgetragen, in einen Grund, nach dem Wasser zu sich gemacht, und, nachdem daselbst der Coffre und die Kistel geöfnet, sie die Uhren und andere Kostbarkeiten, auch Corallen und an- dere Sachen herausgenommen, selbige in Quersäcke gestecket, und in Schnupftücher gebunden, sodann damit weiter gegangen, und in dem Walde ohnweit Waltershausen getheilet hätten,

art. inquis. 212. 216. — 225

B) daß er folgende Diebstähle verübet, als

1) bey Gottfried Eisenschmidten in der Kämpfmühle bey Sölen, am 13den Junius

Junius 1773, mit seinen Diebesgesellen Carln, August Tänzern, Christoph Klingensteinen, den Hammelsknecht von Petersberg, dem Mauerpursch Stift und Fritz Fleischhauern,

art. inquis. 3 Vol. act. A *b*

da sie zusammen vor die Mühle gerückt, und, in selbige zu kommen, versucht, nachhero aber, weil die Mühle verbauet gewesen, und der Hund zu bellen angefangen, über den Zaun gesprungen und sich in den Garten gemacht, die von der Stube aus in Garten gegangenen Fenster mit Prügeln eingeschlagen, in die Stube gesprungen; Stift und der Aupitzer Hirt dabey geladene Pistolen gehabt, und Carl, als des Müllers Eheweib in Hemde aus dem Bette gesprungen, und zur Stube hinaus laufen wollen, des Stiftens Pistole genommen und nach selbiger geschossen,

art. inquis. 10 — 20.

ein gleiches auch Fritz gethan, daß er, als der Dienstknecht über den Gartenzaun gesprungen, mit der Pistole, die er aus des Müllers Stube gehohlet, nach selbigen geschossen, er, Inquisit Scheller, aber mittler Zeit mit seinen Diebescammeraden über den Müller Gottfried Eisenschmidt sich hergemacht, der Hammelsknecht von Petersberg die Pistole und Säbel vom Bette herabgenommen, und Tänzer dem Müller mit den Worten: wo er das Geld hätte? angeredet, der Aupitzer Hirte sein spanisches Rohr an dem Müller entzwey geschlagen, und dieser ihm dafür seinen Stock geben, sodann ihm, Inquisiten, und seinen Diebescammeraden seinen Schrank und die Cammer, auch alles, wie sie es verlanget, aufschliessen müssen, und sie daraus, was ihnen nur angestanden, geraubet und genommen, auch der Aupitzer Hirte den Müller mit den Worten: Racker, du hast auch einen hübschen Rock, wo liegt er? angeredet, und diesen Rock, nachdem ihm der Müller solchen gewiesen, an sich genommen, und sie den Müller, daß er ihnen die Oehlmühle, zu deren Thür er den Schlüssel nicht finden können, erbrechen und sie hineinführen müssen, gezwungen, und, als sie daselbst nichts gefunden, sie wieder in die Wohnstube gegangen wären, auch alles, was da gewesen, durchsuchet und ausgeplünder, besonders Klingenstein ganze Bündel und Kleider, er, Inquisit, einen Beutel mit 10 Rthl., sie auch das in der Stube vorhandene viele Schießgewehr und Säbel, insonderheit er, Inquisit, eine Pistole mit sich genommen hätte,

art. inquis. 27 — 53.

2) bey

2) bey dem Bürger und Leineweber, Johann Christoph Arnold, zu Chemnitz, am 15den Februar 1769, des Nachts mit seinen Diebsgesellen, Opitzen und Crucigern,

art. inqu. 74.

da sie, einen brennenden Wachsstock und eine Pistole bey sich habend, durch einen Garten in die Unterstube rechter Hand eingebrochen, daselbst ein Feld mit einem Meisel aus der gespuhlten Leimwand ausgehoben, und die fol. I. Vol. B. *b* specificirten Meublen aus dieser Stube diebisch entwendet und mit fortgebracht,

art. inquis. 77 — 84.

3) bey der Crämerwitbe Röhnin, zu Stadt Roda, in der Nacht zwischen den 9ten und 10den December 1771, mit dem berüchtigten und dermalen in Cahla inhaftirten Carl, da sie mittelst Einbruchs, und einem bey sich gehabten brennenden Wachsstock, Band von allerley Gattung Zucker und Coffe, auch 20 Rthl. an Gelde gestohlen,

art. inquis. 100 — 118.

4) bey dem Crämer, Johann Michael Rödigern zu Schlöben, am 4ten Februar 1770, des Nachts mit Crucigern und Opitzen, da sie, mittelst Aushebung eines Fensters und Einsteigens, aus dem in der Stube gestandenen Schrancke, Cattun, Zeuge, viele seidene und baumwollene Halstücher, auch Haubenstückgen diebisch entwendet und mit fortgenommen,

art. inqis. 138. 149.

5) bey dem Crämer, Johann Gottlieb Sensen in Langenburg, in der Nacht vom 11ten bis 12ten Jenner 1773, mit seinen Diebesgesellen Carln, dem Hahnspitzer Schäfer, Dresigern, den Aupitzer Hirten, und August Tänzern, da sie mit einem Meißel die Haspe von Laden gezogen, Licht in selbigem gemacht, und daraus die fol. 8 *b* Vol. D. specificirten Sachen diebisch entwendet und mit fortgenommen,

art. inquis. 176. 187. 189. 190.

6) bey dem Kaufmann, Johann August Föllnern, zu Lauchstedt vor 6 Jahren, mit seinen Diebesgesellen Johann August Opitzen, da sie 6 bis 7 Stück Flonel und ein paar Stück leinen Band gestohlen,

art. inquis. 204. 211. 212.

7) auf der Aue in der Vorstadt, vor 4 bis 5 Jahren, mit seinen Diebesgesellen Opitzen, da sie, einen brennenden Wachsstock bey sich habend, ein Fenster aufgemacht, durch selbiges in die Cammer eingestiegen, und daraus, die fol. 1. Vol. F. angegebenen Stücke entwendet,

art. inquis. 222. 224. 226. 229.

8) bey dem Hoffactor Johann Friedrich Thierbachen, zu Lobeda, gegen Lichtmeßen 1773, da er dessen Gartenhauß mit Coinquisit Ottoen und den Klengelischen Schäfer Andreas, den Aupitzer Hirten, welcher eine geladene Pistole bey sich gehabt, erbrochen, und daraus die fol. 6 b Vol. G angegebenen Stücke entwenden helfen,

art. inquis. 234. 235. 246.

9) bey dem Ziegler, Johann August Argern, zu Lobeda, den heiligen Abend vor Weynachten 1771, da er mit Coinquisit Ottoen, Fritz Fleischhauern und Stiften eine Kuh, nachdem Fritz vorhero das Schloß von der Stallthür abgebrochen und entzwey geschlagen, dieblich entwendet,

art. inquis. 248 und 250.

10) bey dem Wirth, Johann Zelßmannen, zu Dietersdorf, bey Schleitz gegen Lichtmessen 1773, da er mit Coinquisit Ottoen, Kupfergeld, drey Laubthaler und einzeln Geld gestohlen,

art. inquis. 260. 268.

11) bey dem Wollenkämmer, Hanß Leonharden, zu Großaga, gegen Himmelfarth 1771, mit Coinquisit Ottoen und andern Diebesgesellen, dem Klengelischen Schäfer Andreas, welcher eine geladene Pistole bey sich gehabt, dem Schaafknecht von der Hahnspitze, auch einem Großauger Innwohner, da sie, nach ausgehobenen Fenster Flügel, eingestiegen, Licht gemacht, Brode und Krüge gestohlen,

art. inquis. 281. 284. 285. 288. 295. 299.

12) in dem Amthauße zu Zwetzen, zwischen den 2ten und 3ten December 1772, mit Coinquisit Ottoen, und dem Gangeldörfer Schäfer Andreas, da sie eine Leiter angeleget und mit einem brennenden Lichte zum Fenster in die Cammer eingestiegen, und daraus die fol. 8 Vol. act. L. specificirten Stücke diebisch entwendet und mit fort genommen,

art. inquis. 298. 306. 308. 309. 310. 313.

13) bey

13) bey einem Schneeberger Spitzenmann, Nahmens Joseph Friedrich Schreiber, welchem er in der Schencke zu Geßnitz, zu Ende des Monats December 1765, einen Ranzen mit Spitzen, so auf der Bank gestanden, diebisch entwendet,

art. inquiſ. 332 — 340.

14) drey Schaafe aus der Horde zu Skölen, bey Naumburg, vor ohngefehr anderthalb Jahren, im Herbste, des Nachts, mit Coinquisit Ottoen, und andern Diebsgesellen, dem Klenaelischen Andreas, des Petersbergischen Schäfers jüngsten Sohn und Eydam Christoph Klingelsteinen, ingleichen dem Jäger Reischel,

art. inquiſ. 366. 367. 369.

15) bey dem Leineweber, Christian Schmidten, zu Schöppau, in der Nacht zwischen den 15den und 16den May 1771, da er mit dem berüchtigten Opitz bey der Hinterthür, neben der Thürsäule von der Wand den Leimen und das Klebwerk herunter gemacht, darauf ferner einige Stockhölzer ausgeschnitten und ein Loch durch die Wand hindurch und hernach die Gewölbethür mit einem Meißel aufgebrochen, und aus dem Gewölbe, nachdem sie Licht und Feuer dabey gehabt, die fol. 17. ſeq. Vol. act. ſub ⊙ specificirten Waaren diebisch entwendet und mit fort genommen,

art. inquiſ. 373. 376. 377. 379. 380. 381.

16) bey dem Nadler, Johann Daniel Oertel, zu Lichtenstein, in der Nacht, am 27sten April 1771, da er mit Crucigern und Opitzen das Fenster über der Haußthür ausgehoben, und neben der Gartenthür einen Stein loß, und in die Waarencammer mit einem Meißel ein Loch gemacht, mit einem Feuerzeuge einen Wachsstock angezündet, und aus dem Laden die fol. 6. ſeq. Vol. act. ſub P. specificirten Stücke entwendet und mit fortgenommen,

art. inquiſ. 393. 395. 396. 399. 401 — 304.

17) bey einen Posamentier, Christop Gotthard Dürfeldern, in Stollberg bey Anneberg, vor 6 Jahren, zwischen Ostern und Pfingsten im Jahr 1767, mit seinem Schwaaer, Nahmens Albrechten, und einem Cammerjäger, Namens Johann Georg Lauenberg, da sie mit einem Meisel ein Fenster ausgehoben, und aus dem Laden oder Cramcammer die von verschiedenen Farben daselbst befindliche seidene Bänder, Camelotte,

loite, halbseidene und andere Zeuge, Cattun, baumwollene Waaren, Schleyer und andere weiße Schnittwaaren, ingleichen alle seidene Halß- und Schnupftücher gestohlen,

art. inquis. 416. 418. 424. 425. 426.

18) bey dem Crämer, Christian August Beyern, zu Teicher, des Nachts am 3ten April 1767, mit seinem angeblichen Schwager Johann Albrechten und seinem Vetter Johann Hofmann, von Teicher, da sie mit einem Meißel das untere Stubenfenster aufgemacht, und die fol. 9 *b* Vol. act. sub. R. specificirten Mobilien, Waaren und Geld, aus dem Cramladen dieblich entwendet und mit fortgenommen,

art. inquis. 433. 438. und 441.

19) bey dem Vorwercks pachter Christop Piehlern, zu Gräfenbrück, vor anderthalb Jahren, mit Coinquisit Otteen und 13 bis 14 bereits in Acten angegebenen Complicen, da sie das erste mal, zu 16 Personen in der Nacht zusammen gekommen und auf das Gut zugegangen, aber durch den Hund versteupert worden, zum zweyten male aber zu 13 Personen diesen Diebstahl in der Mase ausgeübet, daß sie, um in den Garten zu kommen, ein Loch gemacht, ihrer fünfe die Stubenthür besetzt gehalten, er, Inquisit Scheller, mit andern auf den Boden gegangen, wo die Pachterin nebst ihrer Tochter, einem Mädgen von 15 Jahren in Bette gelegen, auf selbige loßgegangen, und als sie geschrien und um Hülfe gerufen, mit einem Stecke 4 bis 5 mal über den Kopf geschmissen und immer darzu gerufen: Schweig Canallie! Schweig Canallie! dieselbe angepackt und die Schlüssel zum Coffre von ihr verlangt, auch als die Piehlerische Tochter zu ihrer Mutter hinter das Bette gesprungen und gerufen: Ach meine Mutter! Ach meine Mutter! auf sie loßgesprungen, das Deckbette ergriffen, ihr solches über den Kopf gezogen, und den Mund damit zugestopfet, und, als nachhero die Pachterstochter zum Fenster hinaus in den Hof um Hülfe und ihren Vater gerufen, selbige mit einem großen Prügel vielmalen auf den Kopf und beyde Arme heftig geschlagen, und nach derselben in Hofe geschossen, auch deren Mutter noch mehr heftig ins Gesicht geschlagen, der Deckel am Coffre mit einer Radehacke oben hinein und entzwey geschlagen, sodann das Geld daraus mit fortgenommen worden; sowohl bey diesem mit Gewaltthätigkeit und Waffen verübten Diebstahl der Klengelische Andreas, Michael Reiter, der Gangeldörfer Andreas, Tresiger und der Petersbergische Schäfersohn geladenes Gewehr bey sich gehabt, und

sie

sie unter einander die Verabredung getroffen, daß, wenn im Dorfe etwas passirte, man schiessen sollte,

art. inquis. 448. 461. — 545.

20) bey einem Crämer zu Greitsch ohnweit Pegau, Nahmens Johann Christian Sachse, vor ohngefehr 6 Jahren, mit seinem Schwager Albrecht und angeblichen Vetter Hofmann, da sie mit einem Meißel den Laden aufgezogen, in selbigen eingestiegen und daraus einen Huth Zucker gestohlen,

art. inquis 571-576.

21) Bey einer Wirthin in einer Schenke eine Stunde von Gera, welcher er 3 rthlr. aus einem Schrank gestohlen,

art. inquis. 579. 584.

22) bey einem Crämer, Johann Christoph Kirchner, in Blankenhahn, des Nachts am 6ten November 1771, mit seinem Diebesgesellen, dem Scherenschleifer Barthel, da sie mit einer vom Hof genommenen Pflugsäge ein Loch in die Mauer gemacht und mit angezündetem Licht aus dem Cramladen die fol. 9. Vol. act. sub 20 specificirten Waaren dieblich entwendet,

art. inquis. 590, 598, 601, 611.

23) bey dem Pachtschäfer, Johann Gottfried Feldweg, zu Töppeln, in der Nacht zwischen den 14 und 15ten Januar 1773, mit seinen Diebesgesellen, dem Klengelischen Andreas, dem Aupitzer Hirt, dem Fritz Fleischhauer und einem Bauer von Aupitz, da sie die leimne Wand an der Gartenseite mit einem Meißel eingeleget, mit einem brennenden Wachsstock hineingekrochen, seine drey Diebesgesellen geladene Pistolen bey sich gehabt, den Pachtschäfer Feldweg, als er aus dem Bette gesprungen, so fort bey der Kehle gefaßt, und zu Boden geworfen, daß ihm Maul und Nase geblutet, von ihm 300 Rthl. Geld gefordert, und dessen Eheweib genöthiget, daß sie ihnen die Schlüssel zum Kleiderschrank und Laden hergeben müssen, woraus sie die fol. 6 seq. Vol. act. sub. X. specificirten Stücke von Num. 1 bis 27 dieblich entwendet,

art. inquis 617. 622 — 639.

24) auf den vorjährigen Blanckenhahnischen Jahrmarkte, da er mit Coinquisit Otten, dem zu Cahla sitzenden Carl und dem Jäger Reuschel aus dem Gasthofe zum Mohren daselbst, einem allda logierenden Sche-

renschleifer

renschleifer eine Schachtel mit unterschiedlichen Sachen dieblich entwendet,

art. inquis. 651. 659.

25) bey der Witbe Dorotheen Marien Lindenfrostin, in der Mühle zu Ilmsdorf, am 23sten May 1773, mit Coinquisit Ottoen und dem Klengelischen Andreas, da sie eine Leiter angeleget, und das Fenster mit einem Meißel herausgenommen, eingestiegen, die Witbe Lindenfrostin, welche darüber erwacht und um Hülfe gerufen, bey der Kehle ergriffen, sie gewürget, und zu ihr gesaget: Racker willst du schweigen: hierbey aber Geld und eine Hose Butter würklich gestohlen und davon gebracht,

art. inquis. 666 — 685.

26) bey der Müllerin in Jägersdorf, da er mit Coinquisit Ottoen, dem Klengelischen Andreas, Kornmannen, dem Petersbergischen Schäfer Brosig, dem Reuter Michael und dem Jangeldörfer Andreas, einen Diebstahl zu begehen verabredet, darzu auch schon die Veranstaltung gemacht, daß Otto bey Anbruch der Nacht in die Mühle nach Jägersdorf abgeschickt worden, um, ob sie ankommen könnten, zu recognosciren, und sich dabey für einen Mühlpursch auszugeben, sie aber, weil Gäste in der Mühle gewesen, und Otto, da er nicht auf die Fragen antworten können, bald Schläge bekommen, auf die erhaltene Nachricht wieder auseinander gegangen,

art. inquis. 694 — 704.

27) bey dem Müller in der Schneidemühle bey Stadt Bürgel, Nahmens Johann Michael Neupoldt, in der Nacht zwischen den 2ten und 3ten Pfingsttag 1772 mit Coinquisit Ottoen, dem Klengelischen Schäfer Andreas, Reuter Michaelen und Complicen, da sie geladen Gewehr bey sich gehabt, ein Feld niederlegen wollen, nachhero aber, als dieses nicht angegangen, ein Fenster in der Küche loßgemacht, Feuer und Licht gehabt, und vier Säcke mit Frucht diebisch entwendet,

art. inquis. 705 — 717.

28) bey einem Schulmeister zu Biedewitz, da er vor etlichen Jahren mit seinem Diebesgesellen Hofmann eingebrochen,

art. inquis. 734 a und fol. 2 Vol. act. D D.

29) bey einem Tuchmacher und Crämer zu Waldheim, Namens Johann Samuel

Samuel Höppner, des Nachts, etwa 14 Tage vor Ostern 1771, mit Crucigern und Complicen, da sie ein Fenster ausgehoben, eingestiegen, die Ladenthüren mit Stücken Holtz aufgebrochen, Licht gemacht, und aus dem Laden die fol. act. sub F F. angegebenen Waaren diebisch entwendet,

art. inquis. 787 — 796.

Wird Inquisit ausserdem noch mehrere Diebstähle beschuldiget, worüber er art. inquis. 746 seq. 760 seq. 806 seq. 811 seq. 818. seq. 822 seq. 830 seq. 836. seq. 839 seq. befraget worden, welche er jedoch keinesweges auf sich kommen lassen will.

Hat auch

II.

Inquisit Johann Gottfried Otto, nachdem er summarisch und articelsweise vernommen worden, in Güte bekannt und gestanden,

A) daß er den bereits vorhin bey Mitinquisit Schellern beschriebenen Postraub, nebst seinen vier Räubergesellen, dem ebengedachten Scheller, den beyden Hessen, Caspar und Hangörgen, wie auch Schmidten, in der Maße mit verüben helfen, daß er mit selbigen, auf der neuen Strase, ehe der Postwagen angekommen, in den Antrag, die von der Frankfurter Messe kommenden Juden und andere Passagier anzugehen, gewilliget, und sich mit ihnen zu dem Ende in den Steinbruch, welcher zwischen Mechterstedt und Teutleben an der neuen Strasse befindlich, hingeleget,

art. inquis. 81. 88. 89. 112 — 127. Vol. act. Va

und, als Han Görge, welcher herumpatroulliret, gesagt, es käme etwas geblasen, sie alle aufgestiegen und den neuen Weg fortgegangen, auch, als die Post näher gekommen, derselben entgegen gegangen, und hierauf von Han Görgen und Casparn die Eintheilung dahin gemacht worden wäre, daß er, Inquisit Otto, bey dem Postknecht sich stellen, der Bürstenbinder Schmidt aber die Vorderpferde, damit der Wagen nicht fortfahren könne, umwenden sollte,

art. inquis. 131. 132. 141. 147. — 150.

er auch, nachdem ihm einer von seinem Räubergesellen eine geladene Pistole, um selbige dem Postillon vorzuhalten, gegeben, mit dieser und seinem bey sich gehabten spanischen Rohr, nachdem Caspar zuvor gerufen, der

 Postillon

Postillon sollte halten, sonst wolle er ihm vom Pferde schiessen, an seinen Posten gegangen und selbigen behauptet,

art. inquis. 142. 153. 155. 156. 157. 158. und in summ. Verhör fol. 117. Vol. II.

Caspar und Han Görge aber mit Steinen auf den Postwagen geworfen, auch mit ihren bey sich gehabten knotigten Prügeln auf die Passagier loßgeschlagen, und diese gar jämmerlich geschrien,

art. inquis. 153. 159. 172. 173. und in summar. Verhör fol. 55 b Vol. II.

Han Görge auch seinen Stock an dem einen Passagier über dessen Kopf entzwey geschmissen,

art. inquis. 217 seq.

auf den Wagen gesprungen, die Kiste mit den goldenen Uhren, auch einen Kober mit einem blechernen Dinge herunter geworfen und den Coffre hinten mit abgemacht hätte,

In summ. Verhör fol. 56 b Vol. II.

welche Sachen sie sodann in einen Grund, nach dem Wasser zu, an einen Bach mit einander getragen,

art. inquis. 230 — 233.

den Coffre und die Kissel mit einem Meißel eröfnet, die Uhren und andere Pretiosa auch Corallen und andere Sachen herausgenommen, selbige in Quersäcke gesteckt und in Schnupftücher gebunden, solche in einen Wald ohnweit Waltershausen getragen, und daselbst mit einander getheilet;

art. inquis. 234 — 241. und in summ. Verhör fol. 57. Vol. II.

B) daß er folgende Diebstähle verübet, als

1) in dem Amthauße zu Zwetzen, des Nachts zwischen dem 2ten und 3ten December 1772, mit Coinquisit Schellern und dem Gangelndörfer Schäfer Andreas, da er mit einem brennenden Lichte auf der Leiter eingestiegen und einige Sachen aus der Cammer diebisch entwendet,

art. inquis. 3. 14. 15. 19. Vol. act. sub. A A A a

2) bey dem Hoffactor Johann Friedrich Thierbach, zu Lobeda, gegen Lichtmessen 1773, da er mit Coinquisit Schellern, dem Klengelischen Schäfer

Schäfer Andreas, dem Aupitzer Hirten und Complicen das Gartenhauß erbrochen, und daraus die fol. 6 b Vol. G. angegebenen Stücke mit entwenden helfen,

art. inquis. 32. 33.

3) bey dem Ziegler Johann August Argern, zu Lobeda, am heiligen Abend vor Weynachten, 1772, da er mit seinen Diebescammeraden Schellern, Fleischbauern und Stiften aus einem Stall, nachdem sie das Schloß von der Thür abgebrochen und entzwey geschlagen, eine Kuh diebisch entwendet,

art. inquis. 45 und 47

4) bey dem Töpfer, Carl Ludwig Waldfelden, in der Vorstadt Bürgel am 20sten December 1772, da er mit seinen Diebescammeraden, den Mauergesellen Stift, sonst Carl, das Fenster in der untern Stube mit einem Meißel ausgehoben, in selbige eingestiegen und Licht gemacht, sodann aber daraus die fol. 12 Vol. act. sub. H. specificirten Sachen diebisch entwendet,

art. inquis. 57. und 80.

5) bey dem Wirth, Johann Zölßmannen, zu Dietersdorf, bey Schleitz, da er mit Coinquisit Schellern, gegen Lichtmessen 1773, einen Gelddiebstahl verübet, und dabey das Schränkgen in der Stube erbrochen,

art. inquis. 57. 59. 60. 63. und 69.

6) bey dem Wollenkammer, Hanß Leonhard, zu Großaga, da er mit Coinquisit Schellern und andern Diebesgesellen dem Klengelischen Schäfer Andreas, dem Schaafknecht von der Hahnspitze, auch einen Großauger Innwohner, einen Diebstahl, gegen Himmelfahrt 1771, mittelst Einsteigens und angezündeten Lichts begangen,

art. inquis. 96 und 110.

7) in der Erndte des 1772sten Jahres, da er in der Nacht mit Coinquisit Schellern und andern Diebesgesellen, dem Klengelischen Andreas, des Petersburgischen Schäfers jüngsten Sohn und Eydam Christophen, ingleichen dem Jäger Reischel, 3 Schaafe in Skölen bey Naumburg gestohlen,

art. inquis. 114. 115. 117.

8) bey dem churfürstlichen Vorwerckspachter Christoh Piehlern zu Gräfenbrück, da er vor einem und einem halben Jahre, nebst Schellern und

13 bis 14 bereits angegebenen Complicen, mit Gewalthätigkeit und Waffen, indem viere geladenes Gewehr, er, Inquisit Otto, aber ein Seitengewehr bey sich gehabt, durch Einbruch eine sehr beträchtliche Geldsumme gestohlen,

ad art. inquis. 121 - 217.

9) bey dem Bürger und Zeugmacher, Johann Christian Blauen, zu Mingenbernsdorf, da er des Nachts zwischen den 29 und 30ten December 1772, mit dem berüchtigten Gangeldorfer Schäfer Andreas und dem Mauerspursch Stiften einen Wollengarn Diebstahl verübet,

art. inquis. 241.

10) vor einiger Zeit einem fremden Zeughändler, der mit ihm in einem Wirthshause, welches in einem Dorfe 3 Stunden von Plauen lieget, logiret, 5 Rthl. aus dessen Ranzen gestohlen,

art. inquis. 256.

11) vor zwey Jahren, zu Bellwitz, da er mit seinem Schwiegervater, dem berüchtigten Reischel, aus einem Cramladen, welchen sie mit einem Meißel loßgezwänget, essende Waaren, Pfeffer, Zimmt und etwas leinen Band dieblich entwendet,

art. inquis. 263, 265 und 267.

12) auf den vorjährigen Blankenhahnischen Jahrmarkte, da er mit Coinquisit Schellern, dem zu Cahla sitzenden Carl, und dem Jäger Reischel, aus dem Gasthofe zum Mohren, daselbst, einem alda logirten Scherenschleifer einen Kasten mit unterschiedlichen Sachen dieblich entwendet,

art. inquis. 275.

13) in der Mühle bey der Withe Dorothee Marie Lindenfrostin, zu Ilmsdorf, am 23ten May 1773, da er mit Coinquisit Schellern und dem Klengelischen Andreas, auf einer Leiter zum Bodenloche eingestiegen, und der Klengelische Andreas, als die Withe nach der Dorfwache um Hülfe gerufen, selbige bey der Kehle ergriffen, und nebst den Worten: Racker willst du schweigen, gewürget, sodann aber Butter und Geld diebisch mit fortgenommen,

art. inquis. 289 — 309.

14)

14) bey der Müllerin in Jägersdorf, welche er mit Coinquisit Schellern bestehlen wollen,

art. inquis. 314.

15) in der Schneidemühle bey Stadt Bürgel, da er mit Coinquisit Schellern, dem Klengelischen Schäfer Andreas, Reuter Micheln und Complicen, in der Nacht zwischen den 2ten und 3ten Pfingsttag 1772, mittelst eines niedergelegten Feldes und bey sich gehabten Feuers und Lichtes, einen gewaltsamen Einbruch und Diebstahl verübet.

art. inqu. 324 - 336.

Wird derselbe auch noch vieler mehreren Diebstähle beschuldiget, so er aber auf sich nicht kommen lassen will.

art. inquis. 354. seqq.

Hat auch

III.

Inquisit Johann Georg Schmidt, nachdem er summarisch und artickelsweise vernommen worden, in Güte bekannt und gestanden,

A) daß er ebenfalls den bereits obbeschriebenen Postraub, nebst seinen vier Räubergesellen, den beyden Hessen, Caspar und Han Görgen, Schellern und Ottoen in der Mase verüben helfen, daß, nachdem ihm Han Görge unter Weges, bey Wandersleben, veroffenbaret, wie sie auf der neuen Straße, wenn etwas gefahren käme, indem ein Coffre auf den Wagen seyn sollte, aufpassen wollten, sich mit selbigen in den Steinbruch begeben, und als des Nachts, da es schon sehr spät gewesen, Han Görge, welcher mit Casparn auf der neuen Strasse hin und wider gegangen und sich umgesehen, gekommen und gesagt: es kömmt unten herauf etwas gefahren, es fährt recht schwer wie ein Wagen: er, Inquisit Schmidt, hierauf mit andern fortgegangen und gesagt: sie wollten sehen was es wäre; da sie denn aus dem Steinbruche heraus und auf den neuen Weg gegangen, auch, als der Postwagen näher angekommen, nach der Veranstaltung des Han Görgens, selbigen in der Mase angefallen, daß Otto zum Postknecht hingemußt, und, damit derselbe erschröcke, recht anzuprallen, er, Inquisit Schmidt, aber die Pferde zu halten, angewiesen worden wäre, hingegen die andern dreye, nämlich Caspar, Han Görge und Scheller, den Postwagen umringen, und den Postillon unter fürchterlichen Drohungen zum Stille halten gezwungen, er, Inquisit

 Schmidt,

Schmidt, aber die beyden Vorderpferde linker Hand angegriffen, umgedrehet, und so fort lincks zur Straße hinunter in Graben, damit der Postillon nicht ausweichen, sondern halten müssen, geführet, Caspar und Han Görge sodann auf die Passagier, so auf den Wagen gesessen, mit großen Stecken loßgeschlagen, selbige geplündert, und Han Görge hernach auf den Postwagen gestiegen, die Kistel mit den Uhren, den Kober und das blecherne Ding herunter geworfen, auch den Coffre hinten auf den Wagen abgemacht, welche Sachen sie hierauf mit einander fortgetragen und von der Strasse ab, linker Hand ins Feld geschafft, den Coffre im Felde und die Kistel unten bey dem Wasser aufgemacht, die Uhren und andere Pretiosa auch Corallen und andere Sachen Theils in Quersäcke gesteckt Theils in Schnupftücher gebunden, selbige in einen Wald getragen, und, nachdem Han Görge die Theile gemacht und gesagt, wem dieses oder jenes gehören sollte, jeder seine Portion davon genommen hätte;

art. inquis. 71 - 213. Vol. act. Va und in summar. Verhör fol. 94 seqq. Vol. act. II.

B) daß er auch ausser dem Postraube, anderwärts verschiedene gewaltsame Einbrüche und Diebstähle verübet, als

1) bey Georg Heinrich Hergern, zu Köstritz, in der Nacht zwischen den 14den und 15den October 1771, da er mit seinen Diebesgesellen, dem zu Cahla sitzenden Gottfried Hünniger, oder Carl genannt, welcher eine geladene Pistole und auch ein Seitengewehr bey sich gehabt, und dem Musicanten Anton, aussen an der Ladenthür eingebrochen, und den Schlußhacken mit einem Meißel oder Brecheisen auf eine gewaltsame Art aufgesprenget, in den Cramladen mit brennenden Licht sich begeben, und, als des Crämers Hergers Frau durch das eine Fenster hinaus sehen, und, was im Laden passire, wahrnehmen wollen, nach derselben mit einem Stück Zeuge, so er, Inquisit Schmidt, just in der Hand gehabt, dergestalt gestossen, daß ihr das Fensterglaß ins Gesicht gesprungen, und sie davon verwundet worden, worauf sie sodann aus dem Cramladen viel Band, seidene Schnupf- und Halßtücher auch wollene Zeuge dieblich entwendet, und mit fort gebracht,

art. inquis. 4 - 17. Vol. act. sub FFFa

2) am 29sten März 1773 in der Nacht bey dem Jäger und damaligen Wirth unter Leitenberg, Nahmens Joh. Georg Jusinus, mit seinem Diebesgesellen,

sellen, einem noch herumstreifenden Metzgerspurschen, Namens Bär, da sie erst an einem Felde im untern Stock einzubrechen gesucht, nachhero aber durch einen schmalen Laden hinten am Gange, beym Abtritte eingestiegen, in die Oberstube und derselben Cammer mit einem Licht gegangen, den darinne verschlossen gestandenen Coffre heraus und über den Saal in die Maltzkammer getragen, daselbst mit einem Stahl aufgebrochen, und daraus die fol. 19 seqq. Vol. act. sub G G G specificirten Sachen dieblich entwendet und mit fortgenommen,

art. inquis. 36 - 49.

3) bey dem Nadler Heinrich Fricken zu Roda, in der Nacht am 22sten Julius 1773, da er mit obbemeldten Carl, welcher eine Pistole und Seitengewehr bey sich gehabt, in Frickens untern Stube, nachdem sie vorhero 2 Scheiben zerbrochen, eingestiegen, das vor der Haußkammer gelegene Schloß aufgebrochen, Schwefel und Licht gehabt, die fol. 21. Vol. act. sub H H H. specificirten Nadlerswaaren dieblich entwendet,

art. inquis. 69 bis 77 b.

4) bey Johann Christoph Obstfeldern, zu Triptis, vor 2 Jahren, da er mit seinen Diebesgesellen Carln, welcher ein Seitengewehr bey sich gehabt, in die Mauer mit einen Meißel ein Loch gemacht, wodurch sie in den Cramladen gekommen, und, nachdem sie einen Wachsstock angezündet, aus selbigem die fol. 16. Vol. act. sub I I I. specificirten Stücke dieblich entwendet,

art. inquis. 104 - 114.

5) bey dem Wechsler Johann Christian Eichfelden, zu Cahla, in der Nacht zwischen den 17den und 18den August 1773, da er mit vorbemeldten seinem Diebescammeraden Carl, welcher eine geladene Pistole und Seitengewehr bey sich gehabt, von dem Fensterladen die Haspen ausgezwänget, zum Fenster in die Cammer eingestiegen, einen Wachsstock mit Schwefel angezündet, sich sodann in die Stube begeben, den darinne gestandenen Schreibetisch und zwey Comoden ausgeleeret, nachdem sie zuvor neben dem Schlosse des Schreibetisches Löcher gebohret und solche, um das Schloß aufschieben zu können, ausgeschnitten, und die fol. 21 seqq. Vol. K K K specificirten Pretiosa, Geld und Kleidungsstücke gestohlen,

art. inquis. 135 - 147.

6) bey einem Fuhrmann, Christian Thiemen, zu Stölen, bey Naumburg, da er, gegen Michael 1771, mit seinem berüchtigten Diebescameraden Carln, welcher ein Seitengewehr bey sich gehabt, und dem Musicanten Anton, den Cramladen gewaltsam mit einem Brecheisen erbrochen, in selbigen mit Schwefel und Licht gegangen, und daraus die fol. 16. Vol. A. specificirten Sachen dieblich entwendet und mit fortgenommen,

art. inquis. 181-187.

7) bey dem Cämmerer und Goldschmidt, Peter Andreas Tierofen, zu Saalfeld, in der Nacht des 14den Augusts 1773, da er mit eben dem Diebescameraden Carln, welcher eine geladene Pistole und Seitengewehr bey sich gehabt, in Tierofens untern Stube ein Fenster ausgehoben, in die Stube gestiegen, mit Schwefel ein Licht angezündet, und daraus die von dem Goldschmidt Tierofen angegebenen und fol. 20. Vol. LLL. specificirten Stücke dieblich entwendet,

art. inquis. 202—210.

8) bey dem Schuldiener, Johann Friedrich Hintscholdten, zu Särba, bey Eisenberg, da er am 19den November 1771, mit Carln, welcher ein Seitengewehr bey sich gehabt, das Eisen an dem Fensterladen zurückgebogen, sodann den Laden aufgemacht, in die Stube zum Fenster eingestiegen, ein Licht angezündet, den in der Stube gestandenen Schrank erbrochen, und daraus die fol. 11. seqq. Vol. MMM angegebenen Stücke dieblich entwendet.

art. inquis. 228 — 237.

Wird auch Inquisit Schmidt noch mehrerer Diebstähle beschuldiget, so er jedoch keinesweges auf sich kommen lassen will.

art. inquis. 1-41. fol. 29. Vol. act. sub FFF a.

Ob nun wohl erstlich, Inquisit Scheller A) wegen des Postraubes vor sich anführet, wie er nicht gewußt, daß in der Nacht, da der Postraub geschehen, die ordinäre Post von Eisenach gefahren komme, und daß die Juden und andere Passagier darauf befindlich, auch daß diese eine Kiste mit goldenen und silbernen Uhren, nebst andern Pretiosis mit sich führeten, masen ihm Caspar und Han Görge davon, daß sie die Post angehen wollten, vorhero nichts gesaget, und er, wenn er dieses gewußt haben sollte, nicht mit ihnen gegangen seyn würde,

ad art. inquis. 122, 125 und 265. Vol. V.

er

er auch nicht zuerst den Anfall auf den Postwagen gethan, und auf die Passagier nicht mit geschlagen, viel weniger sie verwundet und geplündert habe,

ad art. inquis. 151, 152, 169 bis 175, 190 bis 198. 202, 203, 205 bis 210.

masen er sein bey sich gehabtes Seitengewehr weder entblösset, noch damit nach den Passagiers gehauen,

in summar. Verh. fol. 107. Vol. II.

ihm auch, die auf den Postwagen gesessenen Passagier tod zu schlagen, nicht in die Gedanken gekommen,

ad art. inquis. 204.

sondern er nur hinter den Postwagen gestellet worden wäre, und hernach den geraubten Kober mit fortgetragen,

ad art. inquis. 126 und 213.

Caspar und Han Görge aber den Anschlag zu den Postraub gegeben und ihn nebst den Andern darzu verführet hätten;

iuxt. fol. 2 *b* Vol. act. II.

worüber Inquisit Scheller, nachdem er nach Gotha ins Gefängniß gebracht worden, in selbigem auf der Erde kniend, und zu Gott mit aufgehabenen Händen bethend, sehr wehmüthig eine Reue bezeuget hat;

iuxt. fol. 1 *b* Vol. actt. II.

überdem die beraubten Passagier, so viel sich davon gemeldet, das Ihrige bis auf 174 Rthl. 10 gr. 11 pf. wiedererhalten haben;

iuxt. art. inquis. 253 bis 260.

sodann B) die von Inquisit Schellern begangenen und eingestandenen Diebstähle betreffend, von selbigen eines Theils die Gewißheit des 7, 14, 21, 24, und 28sten Diebstahls nicht berichtiget werden mögen, uud der 26ste Diebstahl nicht vollbracht, sondern nur versucht worden ist, auch bey dem 6ten Diebstahl der Eigenthümer seinen Verlust nicht geschätzet hat, und der 12te Diebstahl so wohl, als der 17te nicht beschworen worden ist, andern Theils von dem 2ten Diebstahl eine Schocoladentasse nnd ein Paar Caffeetassen, von dem 12ten Diebstahl eine Dose wiederum ausgehändiget werden kann, und von dem 15ten Diebstahl bereits 50 Rthl. restituiret worden sind, dritten Theils Inquisit Scheller zum Anfang seiner Diebstähle dadurch, daß

 er

er zu Erkaufung eines Wirthshaußes in Bayreuth, Geld gebraucht, gereizt worden ist, und darüber noch mit heftigem Weinen seine Reue bezeuget hat;

ad art. inquis. 851 Vol. act. sub A b

wegen der von ihm nicht eingestandenen übrigen Diebstähle aber die redlichen Anzeigen, daß er dieselben würklich verübet habe, ermangeln; zweytens Inquisit Otto A) wegen des Postraubes ausgesaget, daß die beyden Hessen, der lahme Caspar und Han Görge, den Anschlag auf den Post- und Strassenraub gemacht, er aber davon nichts gewußt, sondern Mitinquisit Scheller ihm weiter nichts gesagt, als daß sie wollten weg gehen, aber nicht wohin, und, als sie auf die neue Schenke gekommen, gedachte beyden Hessen da gewesen, und Scheller, sie sollten nach Gotha zu gehen und bey Wandersleben auf sie warten, gesprochen, er, Inquisit Otto aber, daß es auf den Postraub gehe, nicht gewußt habe,

ad art. inquis. 81 - 84. 88.89. Vol. V a

ihm auch nicht bekannt gewesen wäre, daß in der Nacht die ordinäre Post von Eisenach gefahren komme, und daß die Juden und andere Passagier, welche eine Kistel mit goldenen und silbernen Uhren, auch andern Pretiosis mit sich führten, befindlich wären,

ad art. inquis. 138.

er auch anfänglich vor dem Postwagen vorbey gegangen, Caspar aber ihn bey dem Ermel gefaßt, und mit den Worten: warum er nicht bey den Postknecht gienge, zurück geschickt hätte,

ad art. inquis. 142.

und, als er dieses gethan, dennoch die ihm gegebene Pistole dem Postknecht nicht vorgehalten, sonden selbige hinunterwärts in der Hand gehabt, und zum Postillon kein Wort gesprochen,

ad art. inquis. 161. 162. 163. In summ. Verhör fol. 145. Vol. II.

vielweniger einen Passagier verwundet und geplündert, oder die Sachen vom Postwagen geworfen hätte,

ad art. inquis. 194. 202. 223.

sondern beständig bey dem Postknecht geblieben und von ihm nur die blecherne Büchse mit fortgetragen worden wäre,

ad art. inquis. 194. 224. 229 und 234.

worneben

worneben derselbe, daß er zu dieser That von Schellern verführet worden sey, vorwendet, und über sein Vergehen viele Reue bezeiget;

fol. 3, 59. und 140 Vol. act. II.

ferner B) wegen der von Inquisit Ottoen verübten eingestandenen Diebstähle, demselben zu Statten kommen möchte, daß der erste und zweyte nicht beschworen worden, der siebende, zehende, eilfte und zwölfte nicht zu berichtigen gewesen und der vierzehende nur attentiret worden ist; bey dem nicht eingestandenen Diebstählen aber die redlichen Anzeigen wider Inquisit Ottoen ermangeln; derselbe sich auch entschuldiget, daß er von dem alten Scheller und andern Diebescammeraden darzu verführet worden sey, er es auch nicht überlegt und keinen Verstand davon gehabt hätte, sonst er es nicht gethan haben würde;

art. inquis. 433. Vol. act. sub A A A*a*

drittens Inquisit Schmidt; A) wegen des Postraubes vorgiebet, daß, als er vor Dammheim am Holze gesessen, Han Görge zu ihm gekommen und gesagt hätte: weil er ein armer Teufel wäre, so wollte er ihm zu einen Stück Brod helfen, er sollte mit gehen: und als er, Inquisit Schmidt, ihn nun gefraget: Wo es hingehe? derselbe ihm die Antwort: er sollte sich um nichts bekümmern, er sollte nur mitgehen: gegeben,

ad art. inquis. 66. 70. Vol. V*a*

dahero er, Inquisit, davon, daß in der Nacht die ordinäre Post von Eisenach gefahren komme, und daß die Juden und andere Passagier darauf befindlich, auch daß diese eine Kistel mit goldenen und silbernen Uhren auch andern Preciosen mit sich führten, nicht gewußt hätte,

ad art. inquis. 115.

er auch nicht weiter als bey die Vorderpferde des Postwagens gekommen wäre,

ad art. inquis. 132

und deshalb an den Beschädigungen der Passagier und übrigen Thätlichkeiten keinen Theil genommen,

ad art. inquis. 141 — 146. 190. 193

noch die Absicht und den Vorsatz, die auf den Postwagen gesessenen Passagier todzuschlagen, gefast gehabt,

ad art. inquis. 192.

auch niemand weiter, als Caspar und Han Görge zu diesen Postraub Rath und That gegeben hätte;

ad art. inquis. 152.

sodann B) wegen der von Inquisit Schmidten verübten und eingestandenen Diebstähle, demselben zu Statten zu kommen scheinet, daß von dem dritten, 6 Rthl. 22 gr. 8 pf, dem Werthe nach, von dem fünften die fol. 28 *b* Vol. KKK specificirten Stücke restituiret worden sind, und von dem siebenden die fol. 30 Vol. LLL ausfindig gemachten Stücke annoch ersetzt werden können; wegen der übrigen nicht eingestandenen Diebstähle aber wider Inquisit Schmidten kein hinreichender Verdacht vorhanden ist; derselbe auch ausserdem bey der Erzählung vom Postraube sehr geweint, und da ihm sein Eheweib unter Augen gestellt worden, darüber mit ihr in einen sehr rührenden Affect gerathen ist,

nach den summar. Verhör fol. 88. seq. fol. 94. 112 *b* seq. und 119. Vol. act. II.

und zu seiner Entschuldigung anführet, daß die theuren Jahre und die Schulden die er gehabt, ihn zu diesen bösen Thaten verleitet, auch Carl und Han Görge ihn dazu verführet hätten; hiernächst, nach der Halßgerichtsordnung Kayser Carls des Fünften Art. 126 die Räuber nur mit dem Schwerdte am Leben zu bestrafen sind; mithin, daß sämmtliche drey Inquisiten, Scheller, Otto und Schmidt, wenn sie auch nicht mit einer Todesstrafe zu verschonen, dennoch nur mit dem Schwerdte zu bestrafen wären, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. der Raub, welcher auf der Landstrasse verübet wird, unter diejenigen Verbrechen gehöret, wodurch die öffentliche Sicherheit sehr verletzet wird, und da die Missethäter, wegen der dabey eintretenden erschwerenden Umstände, wohin besonders auch dieses, daß ihrer etliche sich zu dessen Verübung zusammen rottiret, und mittelst großer Gewaltthätigkeiten die öffentliche Post beraubet haben, zu rechnen ist, mit einer härtern, als der Schwerdstrafe zu belegen sind u); sowohl in der Halßgerichtsordnung Kaysers Carls des Fünften, Art. 126 ausdrücklich verordnet ist, daß die boßhaft überwundenen Räuber, am Leben bestrafet, und

u) Frölich von Frölichsburg in seinem Commentar über des heil. röm. Reichs Halsger. Ordn. *II.* Th. 4 Buch, 15. *tit.* Num. II. ENGAV *in elem. iur. crim. lib. I. tit.* 9. §. 146.

und die Art der Todesstrafe nach jedes Ortes Gewohnheit, also auch nach jeden Ortes Landesgesetze bestimmt werden solle; in dem Sachsen Gotha und Altenburgischen erneuerten und geschärften Mandat, wegen Aussuchung und Entdeckung auch Bestrafung des Diebes- und Räubergesindels, de dato Friedenstein den 4ten Februar 1754, §. 10 aber wörtlich enthalten, daß diejenigen, welche bey gewaltsamen Einbrüchen und Raubereien angetroffen, oder auch erst einige Zeit hernach durch Steckbriefe oder sonst ausgeforschet und erlanget werden, ohne Unterschied, ob sie solche Raubereien selbst verübet, oder nur auf der Wache gestanden, ingleichen, ob sie etwas von dem Raube genossen oder nicht, an dem Leben, nach Beschaffenheit der vorfallenden Umstände, durch den Strang oder das Rad gestrafet, auch selbiges Urtheil keinesweges gemildert werden soll, wenn schon die gestohlne und geraubte Sachen, bey dem Verbrecher annoch angetroffen werden und von dem Bestohlnen die Remission des Diebstahls, oder sonst der Ersatz dessen, was dieblich entwendet worden, geschiehet; und dann bey dem von denen vorbemeldten Inquisiten ausgeübten Raube, ganz besondere das Verbrechen erschwerende Umstände vorkommen, masen nach dem Geständniß sämmtlicher drey Inquisiten, des Schellers, Ottoes und Schmidts, nnd nach der eydlichen Aussage des Schönauer Postillons, Georg Schrams, fol. 37 seq. Vol. act. I, wie auch der auf der Post mit gewesenen beyden Passagier, des Kaufmanns Borns, aus Erfurth, fol. 131 Vol. act. II, und des Kaufmanns Möllers aus Leipzig, fol. 2 seq. Vol. act. IV, als die ordinäre Eisenacher Post des Nachts nach eilf Uhr mit 8 Passagieren von Schönnau abgefahren und selbige zwischen Mechterstedt und Teutleben auf die Anhöhe gekommen, zwey Kerls von Teutleben her, dem Postillon entgegen, und so weit, als die Pferde von einander gespannt gewesen, von einander gegangen, und so bald der eine an den Postillon gekommen, selbigem einen langen Degen mit den Zurufen: Halt! oder du bist unglücklich: auf die Brust gesetzet, der andere Kerl aber das vorderste Pferd linker Hand angegriffen, und so fort beyde Pferde, damit er nicht ausweichen können, sondern Halt machen müssen, links zur Straße hinunter in Graben geführet, sodann noch andere Kerls unter der Brücke her und auf die Strasse gekommen, welche auf die Passagier mit Lärmen und Rufen: herunter Canaille, schlagt die Spitzbuben, die Passagier meinend, tod: mit Prügeln loßgeschlagen, und besonders der Pohlnische Jude Moses, welcher zur linken Seite des Wagens gesessen, harte Schläge bekommen; durch welches heftige Geschrey die schlummernden Passagier erwachet, da

da dann zu den Kaufmann Born ein auf der linken Seite stehender Kerl gesagt, er sollte herunter steigen; und, als er dieses so fort gethan, auch seinen Mantel, welcher, wie sich nachhero befunden, durchstochen, und wohl 4 bis 5 Löcher darinne gewesen, auf den Postwagen zurückgelassen, er sogleich, als er vom Wagen herunter gekommen und den Fuß auf die Erde gesetzet, gerade über den Kopf her, dergestalt einen Schlag bekommen, daß ihm das Blut über den Kopf her ins Gesicht geronnen, sodann ihn ein anderer von den Spitzbuben auf die Erde gestossen, daß er gleich neben dem Vorderrade des Wagens hingefallen, und hierauf ihm ein Kerl einen Couteau auf die Brust gesetzet und mit den Worten: er sollte geben, was er bey sich hätte, sonst würde er ihn durch und durch stechen: zugerufen; und, als er demselben einen grün seidenen Beutel, worinne ohngefehr 4 rthl. in Conventions halben Gulden und kleinern Münzsorten gewesen, zu erst gegeben, der Kerl sogleich erwiedert: Canaille! das ist dein Geld nicht alle, wo ist dein anderes Geld? er, Born, demselben noch einen Violet seidenen Beutel, worinne ohngefehr 6 rthl. Frankfurter Geld und Conventions Kreutzerstücke gewesen, gegeben; der Kerl aber auch damit nicht zufrieden gewesen, sondern, wo die Uhr wäre? gefraget, er, Born, demselben auch diese ohne Widerrede gegeben, und der Spitzbube, als derselbe ferner ihn gefraget: ob er kein Geld hinter sich geworfen hätte? er, Born, aber mit Nein geantwortet, auch nachhero sich ins Gesicht gegriffen und das herunter geflossene Blut gefühlet, und hierbey: ach Herr Jesus mein Kopf! gesprochen, von ihm weggegangen und auf den Wagen gestiegen, er, Born, aber auf der Erde neben dem Wagen liegend geblieben und gesehen, daß zwey andere Spitzbuben hinter den Wagen an Coffre gearbeitet, denselben abgemacht und in vollen Laufen fortgetragen; sowohl der Kaufmann Möller, als die Worte: herunter Canaille! gerufen und mit Stöcken in die Post geschlagen worden, einen Schlag auf den rechten Arm, und, weil er sich verweilet, ein Anderer ihm noch einen Schlag mit der Anrede: ob er noch nicht herunter wolle? gegeben; und, als er darauf vom Postwagen herunter gesprungen, sogleich ein junger Mensch vor ihm getreten und gesagt: herunter mit dem Rocke! auch, als er seinen Rock mit der Weste ausgezogen, der Kerl die Taschen durchsuchet und aus solcher eine laquirte Tobacks Pfeife mit dem Rohr und ein meßingern Petschaft genommen, ein Anderer aber auf den Postwagen gestanden und die darauf befindlichen Stücke herunter geworfen, sein, des Möllers, Plünderer aber ihn an seinem Leibe von oben herunter bis an die Beinkleider befühlet und betastet, und aus der rechten

Hosen-

Hosentasche zwey Zwanzigcreutzerstücke, aus der linken Tasche aber den rothgewürkten seidenen Beutel mit dem Gelde genommen; auch, als dieses geschehen, der Kerl ihn mit den Worten: nun setze dich hin: angeredet; und, als er diesem Befehl nicht sogleich nachgekommen, die Hand, als ob er zuschlagen wolle, aufgehoben und gesaget: ob er sich nicht setzen wolle? daß er, Möller, denn sich hingesetzet und seinem Schicksaal überlassen; worauf und als die Sachen von dem Postwagen herunter geworfen worden, und sein Coffre hinten abgemacht und fortgeschaft gewesen, die beyden Kerls, so bey dem Postillion gestanden, mit denen, so bey beyden Passagiers gewesen, zu gleicher Zeit fort gesprungen und gerufen: Fahrt zum Teufel Spitzbuben! hiernechst die Verwundung und Verletzung des Kaufmanns Borns und Judens Moses sich aus dem Attestat fol. 3. Vol. act. I. ergiebet, und Born iuxt. fol. 134*b* Vol. act. II. sich in Erfurth noch 10 Tage verbinden und curiren lassen müssen, auch sehr große Schmerzen und Kopfweh erlitten; sodann erstlich Inquisit Scheller gestanden, daß er keinen eigentlichen Ort seines Aufenthalts gehabt, sondern sich bald an diesem bald an jenem Orte, besonders mit seinem Eheweibe und andern Diebesgesellen in Arnstädtischen Gegenden aufgehalten, und fürnämlich in der neuen Schencke und zu Dannheim geherberget, auch mit dem Drucker, dem Mitinquisiten Ottoen, und dessen Eheweibe, dem Bürstenbinder, dem Mitinquisiten Schmidten und dessen Eheweibe, dem lahmen Caspar Dietrich und dessen Bruder Han Görge und deren Weibern, ingleichen dem Jäger Reuschel und dessen Eheweibe eine ordentliche Diebes- und Räuberbande ausgemacht und mit diesem gestohlen, nicht weniger auch diejenigen, welche in Eisenberg und Cahla säßen, als Carl und der Aubitzer Hirthe mit zu ihrer Bande gehöret,

ad art. inquis. 37. 38. 50. 51. 52. 54. und 55. Vol. V *a*

sie auch unter einander die Spitzbuben Sprache geredet, und wenn sie auf Diebstähle ausgegangen, einander Zeichen und Merkmale gegeben, und manche gepfiffen oder wie die Eule geheulet,

ad art. inquis. 63 64 65.

und, als er mit seiner Frau und Otto mit seiner Frau vor dem Post- und Strassenraube in dem Gasthofe zu Dannheim gelegen, des Montags Nachmittags der lahme Caspar Dietrich und dessen Bruder Han Görge von der neuen Schenke dahin gekommen, und ihm, Schellern, den Antrag dazu folgender Masen gemacht, daß wenn sie nur noch ein Paar kriegen könnten, sie den Juden, so von der Frankfurter Messe kähmen und

und Geld und Waaren bey sich hätten, aufpassen und dieselben recht anführen wollten; weshalb gedachte beyden Brüder mit ihm, Schellern, alleine gesprochen und weitere Abrede genommen, der Antrag auch Coinquisit Ottoen und Schmidten geschehen wäre, masen er dem Coinquisit Ottoen den Antrag dazu in dem Dannhofer Gasthofe in der Scheuer gethan und Ottoen sowohl, als Schmidten, ihren Weibern nichts davon zu sagen, ausdrücklich verbothen hätte,

ad art. inquis. 72 — 82.

sie auch auf der neuen Schenke zu dem Ende zusammen gekommen und von dar mit einander auf den Postraub ausgegangen,

ad art. inquis. 85. 86.

Caspar und Han Görge große Prügel und Pistolen, er, Scheller, aber ein Seitengewehr, nebst einem dicken langen spanischen unten mit Meßing beschlagenen und mit einer Stachel versehenen Rohr bey sich gehabt, und in der Mase wie in der vorausgesetzten Geschichtserzählung angezeiget worden, den Postraub mit verübet, und davon zu seinen Antheil 9 Uhren, 8 oder 9 Bündel Corallen, etliche einzelne Schnuren, 5 Paar Schnallen und 30 oder 31 gr. an Gelde zu seinen Antheil erhalten und bey der Theilung ein Futterälgen, worinne ein kostbarer Ring gewesen, heimlich zu sich genommen und unterschlagen hat;

ad art. inquis. 225. 226. und 227.

solchemnach es in einem sich selbst widersprechenden Vorgeben bestehet, daß er vorhero von dem Postraube nichts gewußt habe, indem er wenigstens solches unter Weges, und da er mit seiner Räuberrotte aus dem Steinbruche der Post entgegen gegangen, und Han Görge nebst Casparn, seiner Erzählung nach, dazu die Veranstaltung gemacht, und sie mit einander verabredet, was ein jeder bey dem Postraube thun sollte, genugsam erfahren; auch der Kaufmann Anton Melly, zu Leipzig, die goldene und silberne Uhren, auch andere Pretiosa, welche in dem von der Post geraubten Kistel eingepackt gewesen, nach der Registratur fol. 11 seq. Vol. III. auf 2756 Rthl., der auf den Postwagen mit gesessene blutrünstig geschlagene Kaufmann Caspar Born von Erfurth, seinen an Gelde und einer silbernen Uhr erlittenen Postraub und Verlust, besage fol. 131. seq. Vol. II, auf 25 Rthl., und der Kaufmann August Möller, zu Leipzig, seinen an Gelde, Corallen und andern Effecten erlittenen Postraub und Verlust, besage fol. 14 seq. Vol. IV, auf 273 Rthl. eydlich erhärtet hat,

und

und der ganze Postraub sich auf 3054 Rthl. 16 gr. 11 pf. ohne den andern geraubten Sachen der übrigen auf der Post befindlich gewesenen Passagier welche so gleich mit der Post weiter gegangen, erstrecket, wovon dem ungeachtet, bey der zu 2880 Rthl. geschehenen Restitution, annoch 174 Rthl. 10 gr. 11 pf. unersetzt geblieben sind; und bey einem Raube sowohl nach dem obangezogenen Landesgesetze, als nach den gemeinen Sächsischen Rechten die Restitution des geraubten so wenig, als die Reue, die Strafe vermindert x), und Inquisit Scheller, wegen seiner vielfältig begangenen großen Verbrechen, und der darüber nunmehro entstandenen Gewissensunruhe, Reue und Leid zu tragen, mehr denn zu viele Ursachen hat, masen derselbe auch ausser dem Postraube, wie in der vorausgesetzten Geschichtserzählung angeführet worden, Theils große, Theils gewaltsame, Theils gefährliche Diebstähle mit Einbruch und Einsteigen zu so wiederhohlten malen verüben helfen, wovon zugleich der erste von dem Eigenthümer fol. 104 seq. Vol. A *a* zu 105 Rthl. 2 gr. der zwote, fol. 9 seq. Vol. B *a* zu 102 Rthl. 10 gr. der dritte, fol. 7 seq. Vol. C *c* zu 54 Rthl. 23 gr. der vierte, fol 38. seq. Vol. C. zu 580 Rthl. 18 gr, der fünfte, fol. 10 *b* Vol. D zu 20 Rthl. der sechste fol. 5 seq. Vol. E. überhaupt, der achte fol. 7. Vol. G. zu 2 Rthl. der neunte, fol. 8 *b* seq. Vol. G zu 18 fl. der zehende, fol. 14. 16 Vol. I. zu 70 Rthl, der eilfte, fol. 9 *b* Vol. K zu 19 Rthl. 12 gr. der dreyzehende, fol. 22 *b* Vol. M. zu 800 Rthl. der funfzehende, fol. 15 seq. Vol. O. zu 297 Rthl. 19 gr. der sechzehende, fol. 9 Vol. P. zu 147 Rthl. 4 gr. der achtzehende, fol. 8 seq. Vol. R. zu 157 Rthl. 12 gr, der neunzehende, fol. 37 seq. Vol. *S b* zu 1200 Rthl. der zwanzigste, fol. 8 Vol. T zu 1 rthl. 12 gr. der zwey und zwanzigste, fol. 11 Vol. W. zu 200 Rthl, der 23ste fol. 8 seq. Vol. X. zu 33 Rthl. 9 gr. der fünf und zwanzigste, fol. 8 Vol. Z zu 12 Rthl. 9 gr. der sieben und zwanzigste, fol. 31 seq. Vol. B B zu 34 Rthl. 12 gr. der neun und zwanzigste, fol. 15 Vol. F F zu 528 Rthl. endlich bestärket worden ist; und dahero dasjenige, was von den übrigen Diebstählen weder zur Gewißheit zu bringen, noch völlig zu berichtigen gewesen, so wenig als die bey der Summe aller dieser vorhinbeschwornen Diebstähle geschehenen sehr geringen Restitution, welche ohnehin bey gewaltsamen und gefährlichen Deuben in keinen Betracht zu ziehen, dem Inquisit Scheller nicht zu Statten kommt, sondern die obberichtigten Diebstähle vielmehr die Strafe seines mit

x) CARPZOV in *pract. rer. crim. part.* 2. *qu.* 90. *num.* 58. 59.

mit verübten Postraubes vergrößern, ohne daß ihm dabey seine nichtige Entschuldigung, daß er zu Erkaufung des Wirthshauses in Bayreuth Geld gebraucht, zu irgend einen Behuf dienet; zweitens Inquisit Otto bekannt, daß er nichts erlernt, sich für einen Tabuletträger oder Crämer ausgegeben, auch ein Soldat gewesen und darvon gelaufen, mit einem Deserteur, Namens Götze, auf dem Lande herum gezogen, und sich auf eine Kundschaft, so ihm derselbe gemacht, für einen Beckerspurschen ausgegeben, des berüchtigten Jägers Geischels und dessen Frau Rebecca ihre Tochter, sein jetziges Eheweib, die Margarethe Elisabethe, geheyrathet, sich bald an diesem, bald an jenem Orte aufgehalten, mit falschen Brandbriefen sich genähret, wozu er die Siegel bey sich gehabt und solche dem Fourier Karsten zum Aufdrucken gegeben, sich zu Diebesgesellen, als den lahmen Caspar und Han Görge, Schellern, den Bürstenbinder Schmidt den Jäger Reischel und noch mehrern gehalten, der Spitzbuben Sprache und Zeichen verstanden, auch selbst, nach ihrer Art mit dem Maule gepfiffen und es wie eine Eule gemacht,

ad art. inquis. 10. 15. 20. 23. bis 26. 34. 40. 41. 60. 62. 63. 69 bis 74. Vol. V *a* und ad art. inquis. 399. 408. *e t* Vol. AAA *a*

ferner, daß die beyden Hessen, der lahme Caspar und Han Görge den Anschlag auf den Post- und Straßenraub gemacht, und, als Scheller ihm gesagt, daß er mitgehen sollte, er gleich in diesen Antrag gewilliget, und den Schluß mitzugehen gefast, auch, ob er gleich anfänglich nicht gewust, daß es auf den Postraub gehe, dennoch auf der neuen Straße, ehe der Postwagen angekommen, solches, daß sie die Juden angehen wollten, erfahren,

art. inquis. 81. 82. 83. 84. 88. 89. Vol. V*a*

und bey der sich angenäherten Post, nach der Veranstaltung und Eintheilung des Han Görgens und Caspars, bey den Postknecht mit seinem spanischen Rohr und einer Pistole sich gestellet, und daselbst seinen Posten behauptet,

ad art. inquis. 142 und 153.

er auch, nachdem Han Görge auf den Wagen gewesen, und die Kiste mit den goldenen Uhren, auch einen Kober mit einer blechernen Büchse, herunter geworfen und den Coffre hinten mit abgemacht, sothane blecherne Büchse mit fortgetragen,

ad art. inquis. 231. und in summar. Verhör, fol. 56 *b* Vol. II.

und

und von diesem Raube 9 oder 10 Stück Uhren, 8 oder 9 Bund gelbe Corallen, 4 oder 5 Garnitur Schnallen, und ohngefehr 2 Rthl. 6 gr. an Gelde zu seinen Antheil erhalten habe;

ad art. inquis. 243.

wobey ihm seine nunmehrige Reue und vorgebliche Verführung nicht schützen mag, bevorab, da er auch sehr viele Diebstähle, mit Einsteigen, Einbruch, Gewaltthätigkeit und Waffen, besonders den achten, zu Gräfenbrück, in einer Bande von 13 bis 14 Diebesgesellen mit verüben helfen, wovon der dritte, fol. 8 *b* seq. Vol. G. zu 18 fl. der vierte, fol. 11 *b* seq. Vol. H. zu 9 Rthl. 15 gr. 9 pf. der fünfte fol. 14. 16 Vol. I. zu 70 Rthl. der sechste, fol. 9 *b* seq. Vol. K. zu 19 Rthl. 12 gr, der achte, fol. 37 seq. Vol. S *a* zu 1200 Rthl. der neunte, fol. 6 seq. Vol. A A A zu 15 Rthl. der dreyzehende, fol. 8 Vol. Z. zu 12 Rthl. 9 gr. und der funfzehende, fol. 31 Vol. BB *a* zu 34 Rthl. 12 gr. von den Eigenthümern eydlich bestärket worden, und Inquisit, zumal da er selbst gestehet, daß er auf der Schule einen ordentlichen Unterricht gehabt und das siebende Geboth erlernet,

ad art. inquis. 29. 30 Vol. V *a*

seinen Verstand besser anwenden und nicht solche große Missethaten begehen sollen; drittens Inquisit Schmidt ebenfalls gestanden, daß er keinen gewissen Aufenthalt bishero gehabt, sondern bey Cahla, Saalfeld, Eisenberg, Naumburg, Schmalkalden, besonders aber mit seinem Weibe und andern Diebesgesellen öfters bey Arnstadt, auf der neuen Schenke, zu Dannheim und Radersleben, sich aufgehalten, und zeithero mit Schellern, Ottoen, dem lahmen Caspar und Han Görgen, auch andern Complicen hier und da gestohlen, und die Spitzbubensprache mit erlernet,

ad art. inquis. 26. 27. 29. 30. 34. 46. bis 49. Vol. V *a*

auch Han Görge, welcher alleine den Anschlag zu der Postberaubung gemacht, und ihn, Inquisit Schmidten, zum Mitgehen verleitet, unter Weges bey Wandersleben ihm offenbaret, daß sie auf der neuen Strasse, wenn etwas gefahren käme, indem immer Leute, die Geld bey sich hätten, daher kämen, und ein Coffre auf den Wagen seyn sollte, aufpassen wollten,

ad art. inquis. 71 und in summar. Verhör fol. 100 Vol. H.

er, Inquisit, dem zu Folge, sich mit seinen Räubergesellen in den Steinbruch, und hernach, als die Post angekommen, aus selbigem heraus auf

den neuen Weg begeben, nachdem zuvor die Hessen, nämlich Caspar und Han Görge, den ganzen Tag von dieser Sache geredet,

ad art. inquis. 102. 111 und 115.

und also Inquisit Schmidten das Vorhaben, die Post zu berauben, zu dieser Zeit wohl bewußt gewesen, indem er auch gestehet, daß, als er aus dem Steinbruche herausgefahren, solches gewußt, und Han Görge, daß er die Pferde halten solle, ihm gesagt habe,

ad art. inquis. 118.

er, Inquisit Schmidt, auch, nachdem sie den Postillon, unter fürchterlichen Drohungen zum Stillehalten gezwungen, die Pferde umgedrehet, indem er das vorderste Pferd linker Hand angegriffen, und so fort beyde Pferde links zur Strasse hinunter in Graben geführet, damit der Postillon nicht ausweichen können, sondern halten müssen,

ad art. inquis. 134 und 138.

sodann, nach geschehener Plünderung, er das Kästgen mit den Uhren, Otto das blecherne Kästgen, Scheller den Kober, und die beyden Hessen den Coffre fortgetragen,

ad art. inquis. 201 und 202.

und zu seinen Antheil 8 oder 9 Uhren, eine Garnitur Schnallen, und ein Paar Frauenzimmerschnallen, auch Corallen und 1 Rthl. 6 gr. an Gelde davon bekommen habe;

ad art. inquis. 213.

sowohl überdem Inquisit Schmidt verschiedene gewaltsame und gefährliche große Diebstähle mit verüben helfen, wovon der erste fol. 13 und 14. Vol. F F F, zu 150 Rthl. der zweyte, fol. 19 seq. Vol. G G G zu 87. Rthl. 12 gr. der dritte, fol. 7 Vol. H H H. zu 151 Rthl. 7 gr. der vierte, fol. 15 seq. Vol. I I I. zu 100 Rthl. der fünfte, fol. 29 *b* seq. Vol. K K K zu 200 Rthl. der sechste, fol. 16 seq. Vol A *a* zu 6 Rthl 20 gr. der siebende, fol. 19 seq. Vol. L L L zu 26 Rthl. 4 gr. und der achte, fol. 8 seq. Vol. M M M zu 20 Rthl. 12 gr. 6 pf von den Eigenthümern eydlich bestärkt worden; und die ohnehin geringe Restitution, bewandten Umständen nach, Inquisiten nicht zu Statten kommen mag; derselbe auch anfänglich zu wiederhohlten malen äusserst verstockt gethan, und auf das Zureden, die Wahrheit zu bekennen, nur mit Lächeln, daß er weder von dem Postraube noch sonst

sonst etwas wisse, geantwortet, und erst auf wehmüthiges Zureden seines Eheweibes sich zum Geständniß bequemet hat;

fol. 4. 15. 60. 61. 87. 88. seq. Vol. II.

und die Entschuldigung, daß die theuren Jahre, die Schuld und die Verführung ihn zu solchen bösen Thaten verleitet, von keiner Erheblichkeit ist; aus diesen allen aber sich deutlich veroffenbareet, daß die drey Inquisiten, Scheller, Otto, und Schmidt, sich zu einer Räuberbande gehalten, und sich von Rauben und Stehlen genähret, auch bey ihren Raubereyen Schießgewehr und andere Waffen bey sich geführet, die Beraubten und Bestohlnen gemartert, verwundet und auf sie geschossen, sowohl durch den gewaltsamen Anfall der Post, und der darauf befindlichen Passagier auch deren Verwundung und Beraubung die öffentliche Sicherheit auf das äusserste verletzet haben, solchemnach, da sie zu der gefährlichsten Art der Diebe und Räuber gehören, und von ihnen so viele Capitalverbrechen verübet worden, selbige die in dem §. 10 des Sachsen Gothaischen wider das Räubergesindel gesetzte Strafe des Todes wohl verdienet haben:

So sind derowegen sämmtliche drey Inquisiten, Johann Peter Heinrich Scheller, Johann Gottfried Otto und Johann Georg Schmidt, daferne sie vor gehegtem hochnothpeinlichen Halßgerichte auf ihrem Bekänntnisse beharren, oder dessen, wie Recht, überführet werden, ihres boshaft begangenen und gestandenen Postraubes, auch vieler mit Einsteigen, Erbrechen, Wehr und Waffen gewaltsam und gefährlicher Weise verübten Diebstähle halber, mit dem Rade vom Leben zum Tode zu richten, und folgends eines jeden Körper, Andern zum abschreckenden Exempel, auf ein besonderes Rad zu flechten; jedoch wird ihnen vorhero auf ihr Verlangen, eine Defension billig verstattet. Von Rechts wegen.

CXX.

Urthel

nach G** in May 1774.

Von der den Eheweibern der in vorigem Urthel gedachten Posträuber und einer andern verdächtigen Weibesperson zuerkannten Landesverweisung und Landesräumung.

Als uns die wider Marien Magdalenen Schmidtin, Margarethen Elisabethen Ottoin, Annen Catharinen Schellerin, Even Judithen Eichenbergin, Barbaren Schmidtin und Elisabethen Dietrichin ergangenen Inquisitions und Denunciationsacten sub num. V a lit. FFF a, QQ c, QQ d, ⅙⅙⅙ und III n. e. F. z. u. d. u. Rb. g. w. d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden, daß wider ermeldte Inquisitinnen, Marien Magdalenen Schmidtin, Margarethen Elisabethen Ottoin, Annen Catharinen Schellerin, Barbaren Schmidtin und Elisabethen Dietrichin, wegen der in den Acten vorkommenden Räubereyen und Diebstälen, in Betracht gegen sie, daß sie solche mit ausgeübet oder zu deren Ausübung beförderlich gewesen, sowohl überhaupt, als besonders gegen Elisabethen Dietrichin wegen des im Gasthof zum Mohren zu Gotha verübten Schlaberndorfischen und des zu Ohrdruf begangenen Höferischen Diebstals kein genugsamer Verdacht vorhanden ist, zwar in Ermangelung mehrern Verdachts weiter nichts vorzunehmen, sie sind aber dennoch, weil sie mit ihren räuberischen und diebischen Ehemännern und resp. Bruder, Johann Georg Schmidten, Johann Gottfried Ottoen, Johann Peter Heinrich Schellern und Caspar Dietrichen im Lande herum gezogen und wissentlich von den gestohlnen Sachen mit gelebet, nach abgelegter Urphede des Landes auf ewig zu verweisen, oder, Statt dessen, mit zweyjähriger Zuchthaußarbeit und den gewöhnlichen Willkommen, zu bestrafen. Da hingegen ist wider die ernannte Eve Judithe Eichenbergin, in Ermangelung genugsamen Verdachts, zwar weiter nichts vorzunehmen, sie wird aber, als eine verdächtige Person, das Land zu räumen nicht unbillig

unbillig angehalten, auch sind sämmtliche Inquisittinnen, die bey dieser Inquisition aufgelaufenen Unkosten, und zwar jede, so viel sie daran verursachet, zu entrichten verbunden. V. R. W.

CXXI.

Urthel

nach G** in May 1774.

Von der Landesverweisung eines Eheweibes, welche dermalen einer würklich verübten Dieberey weder überführt, noch genugsam verdächtig gemacht werden können.

Als uns die wider des zu Cahla sitzenden Gottfried Hünnigers oder Carls Eheweib, Marien Susannen Reinholdtin, oder vielmehr Hünnigerin, ergangenen Inquisitions- und Denunciationsacten sub num. V*a* und sub sig. ♀ n. e. F. z. u. d. u. Rb. g. w. d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden: dieweil ermeldte Inquisitin geständiger masen mit ihrem diebischen Ehemann Gottfried Hünnigern, oder dem sogenannten Carl, in Lande herum gezogen und wissentlich von dessen gestohlnen Sachen sich mit unterhalten; so ist dieselbe, nach abgelegter Urphede, des Landes auf ewig zu verweisen, oder, Statt dessen, mit zweyjähriger Zuchthausarbeit zu bestrafen. Es wird auch dieselbe zur Erstattung der durch diese Inquisition verursachten Unkosten nicht unbillig angehalten. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl Inquisitin vorgiebet, daß sie sich mit Stricken genähret, und ihr Mann die gestrickten Strümpfe verkauft habe;

ad art. inquis. 37. Vol. V*a*.

sie auch weder bey einer Diebesbande gewesen, noch von der Postberaubung etwas wissen, noch von den geraubten Sachen etwas gesehen, vielweniger etwas bekommen haben will;

ad art. inquis. 51. 53. 73. 74. 78 und 91. eiusd. Vol.

und

und sämtliche drey Inquisiten, Scheller, Otto und Schmidt, einstimmig behaupten, daß, ausser ihnen und den beyden Heßischen Brüdern, Casparn und Han Görgen, niemand sonst an dem Postraube würklichen Antheil genommen habe, und versichern, daß ihre und der andern Diebesgesellen Weiber nicht auf Diebstahl mit ausgegangen wären und davon nichts gewußt hätten;

Scheller ad art. inquiſ. 68-71. 83. 84. 266. Otto ad art. inquiſ. 75-77, 152. 255. seqq. und Schmidt, welcher eben dergleichen sowohl von seiner Schwester, Barbaren Schmidtin, ad art. inquiſ. 40-43. als von seinem Eheweibe, Marien Magdalenen Schmidtin, und der Andern Weibern behauptet ad art. inquiſ. 52-55. 75. und 251.

sowohl ihr Sohn, der Junge Gbschler, mit welchem sie confrontiret worden, nicht sagen können, daß seine Mutter, die Hünnigerin, eine gebohrne Reinholdtin, gewußt, daß die Sachen gestohlen wären, derselbe auch fol. 10*b*, 57*b* act. de nunc. sub ♀ vorgiebet, daß sie niemalen mit auf Dieberey ausgegangen; mithin, daß wider dieselbe weiter nichts vorzunehmen sey, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. ermeldte Inquisitin gestanden, daß ihr jetziger zu Cahla sitzender Mann unter der Diebes und Räuberbande nur Carl genennt worden,

ad art. inquiſ. 10. Vol. V*a*

und sie also gewußt haben muß, daß er sich zu solchen gottlosen Gesindel gehalten; sie auch mit diesem ihren jetzigen angeblichen Mann und Kindern in Kleintembach, bey Pöseneck, ehedem arretirt und nach Oburg geschaft worden; woselbst sie anderthalb Jahr gesessen, da ihr Mann aus dem Arrest entsprungen, sie, Inquisitin, aber den Arrest noch 14 Wochen aushalten müssen, und hierauf nach Torgau ins Zuchthaus gebracht werden sollen, bey Gera aber vom Karn gesprungen, sich auf flüchtigen Fuß gesetzet, und von der Zeit, nicht nach ihrem Manne, mit ihrem wahren Nahmen Marie Susanne Hünnigerin, sondern Maria Dorothea Reinholdtin sich genennet, und deshalb auch bey ihrer dermaligen Inhaftirung, sich diesen Nahmen anfänglich gegeben;

ad art. inquiſ. 12. 13. 16. 17. 19. 20. 21. 22. eiusd. Vol.

ferner Inquisitin bekannt, daß sie vor vier Jahren mit zwey Kindern, wegen Verdachts, daß sie Feuer in einem gewissen Dorfe angeleget haben solle,

solle, 18 Wochen in Glaucha gefänglich gesessen und von da des Landes verwiesen worden,

ad art. inquis 24*b* bis 24*e* eiusd. Vol.

ingleichen daß ihr Mann manchmal etwas mitgebracht, und sie besonders bey der ihr von ihrem Manne gebrachten Wäsche, welche bey dem nachhero erfahrnen zu Querla bey Stadt Roda verübten Diebstal gewesen, gemuthmasset und gedacht, daß solche gestohlen sey, selbige auch von ihr dafür angenommen worden,

ad art. inquis. 42.54 und 74. Act. denuncial. sub ♀ fol. 56*b* eiusd. Vol.

ferner, daß ihr Mann, nebst Crucigern vor ein paar Jahren in Pößneck einem Schumacher bestohlen, da ihr Mann ein paar Weiber- und Mannsschu mitgebracht, welche sie, iedoch ohne zu wissen, daß ihr Mann selbige gestohlen, angenommen, indem ihr Mann, daß er solche in Pößneck gekauft, dabey gesagt hätte,

ad art inquis. 55 bis 59. eiusd. Vol. sub ♀

auch, daß sie im Lande herum gezogen, und die Kinder ihr Brod hätten erbetteln müssen,

fol. 20. eiusd. Vol. sub ♀

da sie denn zu Schellern, Schmidten und Ottoen in Tannheim und auf der neuen Schenke gekommen wäre, welche sie daselbst in der Woche vor ihrer Arretirung zum ersten male gesehen,

ad art. inquis 41 Vol. V *a*

allwo sie von der Schellerin, wie diese auch eingestanden, ein Küßen, welches, wie sich hernach veroffenbaret, in der Nacht am 7den Julius 1773 dem Kaufmann Wagner zu Gotha aus dessen Gartenhauße mit gestohlen worden, und welches die Schellerin im Sommer von einem Kerl mitler Statur auf der neuen Schenke gekauft, und die Ottoin bey einem, der Carl hiesse, gesehen haben will, auf der neuen Schenke, die Woche vor ihrer Arretirung für 16 gr. bekommen,

fol. 1.9. 10. 12 und 13 *b* Act. denunc. sub III.

und selbiges nachhero der Mitinquisitin Dietrichin, gegen 4 Schnuren gelbe Corallen, so die Dietrichin, geständiger Masen, von dem Postraube erhalten, überlassen habe;

ad art. inquis. 79 Vol. V *a* und die Dietrichin ad art. inquis. 76 eiusd. Vol. *a*

 daher

dahero wenn gleich Inquisitin dermalen einer würklich verübten Dieberey nicht überwiesen noch genugsam verdächtig gemacht werden können, dennoch selbige, da sie sich zu den Dieben und Räubern gesellet, und verdächtige Sachen von Dieben angenommen, auch eine Landstreicherin und verdächtige Weibesperson ist, die ewige Landesverweisung, oder, Statt deren eine proportionirliche Zuchthaußstrafe verdienet hat: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannnt worden.

CXXII.

Urthel

nach G** im May 1774.

Von dem einem, wegen fleischlicher Unzucht und Ehebruchs, verdächtigen Eheweibe zuerkannten Reinigungseyde.

Als uns die wider Margarethen Elisabethen Ottoin ergangenen Denunciationsacten, sub △ nebst e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. d. f.w. v. R.

Daraus so viel zu befinden: Würde ermeldte Inquisitin, Margarethe Elisabethe Ottoin, nach vorgehender scharfen Verwarnung für den Meineyde und dessen schweren Strafe, vermittelst leiblichen Eydes sich reinigen, und, daß sie mit des Scharfrichters Sohn, Johann Wilhelm Kritzler, fleischliche Unzucht und Ehebruch nicht getrieben habe, schwören, immaßen ihr zu thun oblieget, so ist sie von der dieserhalb gegen sie angestellten Untersuchung zu entbinden und loszuzählen, jedoch ist dieselbe die durch diese Inquisition verursachten Unkosten zu erstatten schuldig. Im Fall sie aber solchen Eyd mit unverletzten Gewissen abzulegen nicht vermag, so ergehet ferner was Recht ist. V. R. W.

CXXIII.

Von der einem falschen Münzabgiesser zuerkannten Zuchthaußstrafe. Nebst einer Erläuterung des CXIten Artickels der Karolinischen peinlichen Gerichtsordnung.

§. 1.

Wenn ein Verbrechen mit der in den Gesetzen darauf gelegten Strafe geahndet werden soll, so ist nothwendig, daß die Uebelthat, welche man in vorkommenden Fall für dergleichen Verbrechen halten will, auch mit allen den Umständen begleitet sey, deren Vorhandenseyn die Gesetze bey solchem Verbrechen erfordern. Die Karolinische peinliche Gerichtsordnung befiehlet y), daß der falsche Münzmacher mit dem Feuer vom Leben zum Tode gestraft werden soll z). Natürlicher Weise muß also zuförderst der Begriff eines falschen Münzers oder Münzmachers berichtiget werden.

§. 2.

Eigentlich bedeutet das Zeitwort **münzen**, oder die Redensart, **Geld prägen**, **Geld schlagen**, diejenige Handlung, wodurch man das Metall in Platten bringet und selbige mit einem gewissen Bilde bezeichnet a). Dieses geschiehet mittelst eines Stempels. Wenn dahero jemand nicht mittelst nachgemachter Münzstempel, Geld geschlagen, sondern nur in hierzu gefertigten Formen mit der Gießflasche einige Münzen, z. E. Thaler, Gulden abgegossen hat, so ist er eigentlich kein Münzer zu nennen. Denn dergleichen in Formen, so von Münzen abgedruckt sind, gegossene Stücke, sind keine geschlagene, sondern abgegossene Münzen. Denn Münzen müssen mit einem Stempel geprägt werden. Derjenige also, welcher ohne dem Gebrauch eines Stempels Münzen abformet und in Formen abgiesset, kann im gesetzlichen Verstande kein falscher Münzmacher genannt werden.

y) in *CXI*ten Artickel.

z) Von dem Gebrauch und Einschränkung dieser Strafe ist nachzulesen BERGER in *electis iurispr. crimin.* Seite 73 u. f. BROKES in *sel. obseru. for. obs. DCXVIIII.*

a) Siehe meine ausführliche Abhandlung der strittigen Rechtsfrage: in was für Münzsorten ist eine Geldschuld abzutragen? §. 39. Jena 1763.

§. 3.

Aus dem, so alleweile vorgetragen worden, ergiebet sich nun, daß die Benennung eines falschen Münzers nur dem zukommt, der, ohne auf irgend eine Art das Münzrecht zu haben, unter nachgemachten Stempel Geld präget b).

§. 4.

Selbst Kayser Karls des Fünften obangezogene peinliche Gerichtsordnung, Artikel *CXI.* rechtfertiget die ebengegebene Erklärung eines falschen Münzers. Denn indem selbige die verschiedenen Arten der Münzfälschung und deren Strafen anzeiget, so werden daselbst die dreyerley Arten der Münzverfälschung bestimmt, als

1) wann einer betrüglicher Weise eines Andern Zeichen darauf schlägt,

2) wann einer unrecht Metall dazu setzt,

3) wann einer der Münze ihre rechte Schwere gefährlich benimmt.

Die zweyte und dritte Art der Fälschung geschiehet, nach Inhalt des Artickels, an bereits vorhandenen Münzen. Und zwar wird die zwote Art dadurch unternommen, daß einer des Andern Münze umpräget, indem er selbige wiederum in Tiegel bringt und andere Münze daraus verfertiget. Die dritte Art aber dadurch, daß einer die Münze zu leichte macht, oder durch Beschneiden, Abreiben oder sonst derselben die rechte Schwere benimmt. Da hingegen die erste im Artickel angegebene Münzfälschung nicht bereits vorhandene Münzen betrift, und in Fertigung falscher Münzen durch betrügliche Aufschlagung eines Andern Zeichens bestehet. Solchemnach, laut der klaren Worte des Gesetzes, nur derjenige falsche Münze macht, der betrüglicher Weise eines Andern Zeichen darauf schlägt, oder mittelst nachgemachter Stempel Geld präget.

§. 5.

Zu Folge dieser gesetzmäßigen Erklärung, sind diejenigen, so, ohne mit dem Stempel zu prägen, blos Münzen abgiessen, im eigentlichen Verstande

b) IOACH. ERNST a BEVST *sciagraphia iuris monetandi*, *tit. XII.* §. 9. *pag.* 326.

Verstande keine Münzmacher. Vielmehr gehören die falschen Münzabgiesser zu denenjenigen, die mit vorhandenen Münzen einen groben Betrug oder Fälschung dadurch zu Schulden bringen, daß sie die vorhandenen Münzen abformen, und, mittelst der gefertigten Formen, Münzabgüsse machen auch solche zum Schaden des Nächsten ausgeben. Diese sind zwar Münzfälscher, aber keine falschen Münzer (§. 3.).

§. 6.

Bey dieser Art der Münzfälschung, da nämlich jemand kein falscher Münzer, sondern nur ein falscher Münzabgieser ist (§. 5), findet dahero die in den Gesetzen den falschen Münzmachern oder falschen Münzern bestimmte Strafe des Feuers (§. 1) nicht Statt, sondern sie werden, nach Vorschrift der Reichsgesetze, am Leibe, Leben oder Gut, befundenen Umständen nach, bestrafet. Welches nunmehro dargethan werden soll.

§. 7.

Es biethet sich nämlich dieser Beweiß dar, erstlich, aus Kayser Ferdinands des Ersten Münzedict vom Jahr 1559, §. 160 und 161. Darinne ist hiervon folgendes disponiret: „jedoch dieweil sich zuge„tragen, daß in viel andere Wege unziemlicher Gewinn in den Münzen ge„sucht, Falsch und Betrug darinn getrieben wird — — also daß etliche „die güldnen und silbernen Münzen ringern, beschneiden, schwächen, ab„giessen, auswiegen, der andern Schläge abcontrafiguren — —. „Hierauf setzen, ordnen und wollen wir, daß obbemelte Ringerer, Be„schneider, Schwächer, Wäscher, Schmelzer, Ausführer, Abgies„ser — — — an Leib, Leben oder Gut, nach Gestalt der Sachen ge„straft — — werde.

Zweytens, bestätiget der Reichsabschied vom Jahr 1566 die vorherige Disposition.

Drittens, scheinet zwar der Reichsabschied vom Jahr 1570 eine härtere Strafe zu bestimmen, wann es §. 143 heist: „Und sonderlich „sol das betrieglich aller Reichsmünzen prägen, granaliren, saigern, rin„gern, beschneiden, schwächen, wäschen, abgiessen — — bey Verlust „Leibes und Gutes, nach gestalten Dingen unnachlässig ohne allen Re„spect der Personen fürgenommen (wie auch zuvor in unsern Edict und „Abschieden) verbotten seyn und bleiben.

Allein die Rechtslehrer sind darinne einig, daß der Verlust des Leibes, als die hier bestimmte Strafe, nicht schlechterdings die Todes, sondern eine willkührliche Strafe am Leibe bedeute c), masen solches auch die in gedachtem Reichsgesetze beygefügten Worte: gestalten Dingen nach, ingleichen, wie zuvor in unserm Edict und Abschieden, genugsam zu erkennen geben, und dadurch lediglich die in den vorigen Gesetzen bestimmte Strafe bestätiget wird.

Viertens, kann selbst nach den klaren Worten der Karolinischen peinlichen Gerichtsordnung, Artickel *CXI.* die ordentliche Strafe des Feuers nur in demjenigen Fall, wenn einer betrüglicher Weise eines Andern Zeichen aufschlägt, das ist, mit eines Andern nachgemachten Stempel Münzen schlägt (§. 2. 3.), Statt finden. Zwar scheinen die Worte: welche falsche Münz machen, zeichnen — — sollen, nach Gewohnheit auch Satzung der Recht, mit dem Feuer vom Leben zum Tode gestraft werden: auf alle Münzfälscher zu gehen; allein, daß das blose falsche Münzmachen, ohne des Andern Zeichen betrüglicher Weise darauf zu schlagen, nicht mit dem Feuer, sondern willkührlich zu bestrafen sey, ergiebet sich aus dem Zusammenhange dieser peinlichen Gerichtsordnung. Denn, nach deren klaren Worten, soll derjenige, so der Münze ihre rechte Schwere benimmt, oder auch ohne habende Freyheit münzet, ingleichen der, so eines Andern Münze in Tiegel bringet und geringere Münze daraus macht, an Leib oder Gut, nach Gestalt der Sachen, bestraft werden. Wer des Andern gute Münze in den Tiegel bringet, und geringere daraus macht, als welches ohne Zusatz des falschen Metalls nicht geschehen mag, ist ein falscher Münzmacher, und dennoch soll er, nach Verordnung dieser peinlichen Gerichtsordnung, nicht mit dem Feuer oder mit dem Tode, sondern nur am Leibe oder Gut gestraft werden. Hiervon kann der Grund kein anderer seyn, als weil er nicht eines Andern Zeichen betrüglicher Weise darauf geschlagen hat. Man müste denn gegen die Natur der Sache annehmen, daß der, welcher gute Münzen einschmelzet, und geringe daraus macht, weniger sündige, als der, so Münzen aus rohen Golde oder Silber verfertiget. Daß aber hier die peinliche Gerichtsordnung blos von Privatpersonen rede, setzen die Worte: ohne habende Freyheit münzte, ingleichen die Schlußworte: So aber mit der Herrschaft Wissen und Willen das geschehe: völlig ausser Zweifel. Wie

c) KRESS *ad const. crim. Car. art. CXI.* §. 10. *not.* 4.

Wie nun also nicht alle Privatpersonen, so falsche Münze machen, mit der ordentlichen Strafe zu belegen sind, so müssen nothwendig die Worte dieser peinlichen Gerichtsordnung: welche falsche Münz machen, zeichnen — — — sollen mit dem Feuer vom Leben zum Tode gestraft werden: nur von solchen Münzfälschern verstanden werden, welche sich der im Eingange der Karolinischen peinlichen Gerichtsordnung bemerkten ersten Art der Münzfälschung (§. 4) schuldig gemacht, das ist, betrüglicher Weise eines Andern Zeichen darauf geschlagen, also mit nachgemachten Stempeln Münzen geschlagen haben. Da hingegen besagte Worte auf solche, die keinen Stempel gebrauchen, sondern nur Münzen abgiessen, ohne dem Gesetze Gewalt anzuthun, sich nicht ziehen lassen.

§. 8.

Vermöge der vorhin angezeigten Gründe hat denn auch der Jenaische Schöppenstuhl denen, welche keine Münzen mit Aufdruckung eines Stempels geschlagen, sondern blos in Formen Münzen abgegossen und ausgegeben haben, jederzeit eine ausserordentliche Strafe zuerkannt d). Besondere Nothumstände können auch verursachen, daß das falsche Abgiessen der Münzen nicht nach der gesetzlichen Strenge zu beurtheilen ist. Vielmehr erlauben selbst die Gesetze, daß in solchen Fällen die ordentliche Strafe gar sehr gemildert werden könne. Daher findet man, daß sogar den würklich falschen Münzern, wenn sie durch Armuth und Theurung zu der bösen That veranlasset worden, die Strafe der zeitigen oder ewigen Landesverweisung zuerkannt worden ist e). Ja! wenn der Schade, der durch die falschen Münzen verursacht worden, gering ist, so kann dieserhalb auch bey würklich falschen Münzern die Strafe auf den Staupenschlag herunter gesetzt werden f). Wie denn auch bey willkührlichen Strafen ein Richter nicht leichte auf eine Todesstrafe erkennen darf.

Rechtsfall.

Ein Fabrikant, der sich sonst jederzeit christlich, ehrlich und rechtschaffen aufgeführet, wird zu einer Zeit, da die übergroße Theurung und der

d) ENGAV *part.* 3. *decis.* 160.

e) THEODORICI in *criminalibus*, *cap. VIII. num.* 14. *pag.* 1137. woselbst hierinne Erkänntnisse des Jenaischen Schöppenstuhls anzutreffen sind.

f) ENGAV in *elem. iur. crim. lib. I.* §. 528. Struben in rechtlichen Bedenken, 1 Th. Num. V. KOCH in *instit. iur. crim. lib. II.* §. 586. BOEHMER in *elem. iur. crim. sect. II.* §. 238.

der Brodmangel viele zur Ueberschreitung der Gesetze genöthiget hat, wegen des erlittenen Brandes und Mangel der Arbeit bey der Fabrick, in große Dürftigkeit mit Weib und Kindern versetzet. Diese verleitet ihn, daß er zwar nicht seines Landesherrns, sondern zum Theil auswärtiger Herren längst ausser dem ordentlichen und gewöhnlichen Curs seyende Münzen dergestalt nachgemacht, daß er falsche Münzen an dreyerley Sorten chursächsischen Thalern und einem Schwedischen Thaler, ingleichen Lüneburgische alte Zweydrittelstücke nachgegossen und ausgegeben, jedoch dadurch dem gemeinen Wesen wenig geschadet hat. Dieses veranlasset den hiesigen Schöppenstuhl über ihn nach Z** im Julius 1773 folgender masen zu sprechen.

Urthel.

Als uns die wider J. E. B** ergangenen Inquisitions und andere beygelegten Acten in dreyen Stücken, auch was derselbe zu seiner Vertheidigung in Schriften übergeben, u. e. F. z. u. d. u. Rb. g. w. d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden: Dieweil die vom Inquisiten gefertigten und ausgegebenen Thaler und Gulden nicht gepräget und mit einem Münzstempel geschlagen, sondern blosse Abgüsse sind; und die Fertigung solcher Abgüsse nicht mit der ordentlichen auf das falsche Münzen gesezten, sondern mit einer ausserordentlichen Strafe angesehen wird; anbey Inquisit die guten Zeugnisse sub A. B. C. D. E. fol. act. 114 seq. für sich hat; daher dessen Vorgeben, daß ihm die aus dem erlittenen Brande und dem Mangel der Arbeit auch der darzu gekommenen großen Theurung entstandene Noth zu dieser bösen That verleitet habe, nicht unwahrscheinlich ist; sowohl derselbe nach den vorerwehnten Zeugnissen ein geschickter und bey der Gewehrfabrick sehr brauchbarer Mann, und dieserhalb demselben durch Vollstreckung der sonst verdienten Strafe des Staupenschlages und der ewigen Landesverweisung vor die Zukunft zur Arbeit bey der Fabrick untüchtig zu machen, bedencklich ist: So ist ermeldter J. E. B**, seines durch Fertigung und Ausgebung falscher Thaler und Gulden begangenen und gestandenen Verbrechens halber, gestalten Sachen und Umständen nach, mit vier Jahr Zuchthauß und dem Willkommen zu bestrafen, auch zum Ersatz des durch die ausgegebenen falschen Münzen verursachten

ursachten Schadens und zur Erstattung der auf diese Untersuchung verwandten Unkosten nicht unbillig anzuhalten. Von Rechts wegen.

CXXIIII.

Urthel

nach O** im September 1775.

Von der Todesstrafe eines Meuchelmörders oder Assassins, welcher einen Mord wegen eines ihm versprochenen Lohnes begangen hat.

Als uns die wider Johann Samuel Canzlern ergangenen Inquisitionsacten und was derselbe zu seiner Vertheidigung in Schriften übergeben, samt Beylagen in XXI. Stück sub A. B. C. D. E. F. G. H. I. K. L. M. ♃. ⊙. ☽. ☿. ♄ ♆. ♂. △. □. auch einer Frage zugeschickt u. d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden: Hat ermeldter Inquisit Johann Samuel Canzler, nachdem er summarisch und artickelsweise vernommen worden, in Güte bekannt und gestanden, daß er am letzten Heldrunger Markte vor dem Advente des 1773sten Jahres, nämlich am 30sten November gedachten Jahres, den Amtsdiener Peter Christian Oerteln, zu Oldisleben, Abends zwischen 6 und 7 Uhr, daselbst auf der Frohnveste des Klosters, nachdem er anfänglich die Misttrage vom Ochsenstalle an des Amtsdieners Wohnungsfenster, nach der Scheuer zu, gesetzet, auf selbiger hinaufgestiegen und zu sothanen Fenster hineingesehen, hernach aber, weil der Amtsdiener Oertel am Tische und so weit von ihm, Inquisiten, gewesen, daß er selbigen zu treffen sich nicht getrauet, bey diesem Fenster von der Trage wieder herabgestiegen, und vor ein anderes Fenster, nach dem Hopfenberge zu, woselbst ein Klotz gelegen, gegangen, diesen Klotz etwas näher unter das Fenster gerucket, auf selbigen getreten, an dieses Fenster angepocht und gedachten Amtsdiener, als derselbe an das Fenster gekommen, selbiges aufgemacht und herausgekucket, vermittelst einer mit sechs Stücken gehackten Bley geladenen Pistole würklich erschossen habe.

ad art. inquis. 39. 40. 41. 42. 43. 45. 46. 47. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 65. 66. 67. 68. 87. 88. 89. 90. 116. 117. und 118.

Ob nun wohl, zu des Inquisitens Canzlers Entschuldigung, von dessen Vertheidiger angeführet wird, daß 1) Inquisit von seinem Dienstherren, Franz August Dienemannen, zu der an dem Amtsdiener Oertel begangenen Mordthat verführet worden, gestalten zwar Inquisit im Jahr 1773 bey dem Botpflügen in Mellendorf mit dem Amtsdiener Oertel sich gezanket und denselben zu prügeln bedrohet, auch, dieser Ungebühr halber, bey dem Oldislebischen Amte in Strafe genommen worden sey,

ad art. inquis. addit. 8. 9. act. sub G.

jedoch derselbe deshalb mit Oerteln weder in Feindschaft gelebet, noch sonst einen Haß oder Zorn auf ihn gehabt,

ad art. inquis. addit. 6. 7. 10.

dahero denselben auch nicht aus eigener Bewegung tod geschossen habe,

ad art. inquis. addit. 23.

sondern diese Ermordung von ihm um deswillen, weil ihn Franz August Dienemann dazu Anlaß gegeben und zu unterschiedenen und vielen malen dergestalt verleitet,

ad art. inquis. 12. 13. 24. 25.

daß er ihm nicht nur unter andern mit folgenden Worten: Samuel wollt ihr es denn noch nicht thun, der Kerl ist ja nichts bessers werth: zugeredet,

ad art. inquis. 26.

und dafür, wenn er den Amtsdiener Oertel tod machen würde, Geld, und zwar zum ersten male 20 Rthl. nachhero aber, als er, Inquisit, dafür diese That nicht unternehmen wollen, 40 Rthl. gebothen und versprochen,

iuxt. confess. fol. 9. act. sub C. und ad art. inquis. 28. 29. 30. 31 und 32.

als durch welche 40 Rthl. er sich zu Begehung dieser Mordthat verleiten lassen,

ad art. inquis. 35.

sondern auch die Pistole, womit er, Inquisit, den Oertel erschossen, den Abend vor der Mordthat mit sechs Stücken Bley selber geladen, und ihm

ihm, Inquisiten, selbige mit den Worten: da Samuel habt ihr die Pistole und geht hin, ich wünsche euch Glück dazu: gegeben habe,

ad art. inquis. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 116. 117. 124. 130. und 132.

wobey 2) Inquisit, als ein bey Pferden gedienter dummer Bauerskerl,

ad art. inquis. 2.

aus bäurischer Einfalt und Unverstand die Abscheulichkeit dieser That und die damit verknüpften traurigen Folgen nicht hinlänglich einsehen und beurtheilen können, ondern vermuthet, daß, weil ihn sein Lohn- und Dienstherre, als ein verständiger und in der Gemeine angesessener Bauersmann, diese That zu unternehmen geheissen,

ad art. inquis. addit. 25.

und ohne Unterlaß darzu animiret,

ad art. inquis. 13. 24 und 25.

selbige so wichtig nicht seyn, und eine so erschröckliche Strafe nicht nach sich ziehen müßte, bevorab da 3) der Amtsdiener ein Mensch von geringem Stande gewesen, und man leider! unter den gemeinen Pöbelvolke die leichtsinnige und unüberlegte Rede: daß, wenn man einen Dorfknecht, Schützen oder Gerichtsdiener tod schlage, solches nur 5 fl. koste, und damit ein solcher Kerl bezahlt wäre: zu hören pflegte; welche Rede Inquisiten auch zu der That leichte verführen, und ihm, sich selbige als ein geringes Verbrechen vorzustellen, die Veranlassung geben mögen; welches und überdem 4) sein freywilliges, offenherziges, beständiges und unveränderliches Geständniß,

iuxt. fol. 7. seq. act. sub C. fol. 7 seq. act. sub G. und fol. 59. seq. act. sub H.

daß er mit einem boshaften Leugnen der Obrigkeit keine vergebliche Arbeit und Kosten verursachet, ingleichen 5) seine aufrichtige Reue und Leid,

iuxt. fol. 12 act. sub C.

wie auch 6) sein seit dem 18den Junius 1774 bereits ausgestandenes langwieriges Gefängniß und 7) die darinne erlittene grausame Kälte, Krankheit und Schmerzen

iuxt. fol. 240 und 243 act. sub C

genugsame Ursachen abzugeben scheinen, daß derentwegen und weil zumal weder in den civil- noch carolinischen und sächsischen Rechten auf den

Meuchelmord oder assassinium eine genau bestimmte Strafe gesetzet worden g), Inquisit mit einer gelinden Strafe zu belegen sey, es das Ansehen gewinnen will:

Dennoch aber und dieweil in dem 137sten Artickel der Halß- oder peinlichen Gerichtsordnung Kayser Karls des Fünften mit ausdrücklichen Worten enthalten, daß ein fürsätzlicher muthwilliger Mörder mit dem Rade vom Leben zum Tode gestraft werden soll; und es gewis ist, daß als am 30sten November 1773 des Abends zwischen 6 und 7 Uhr, der Amtsdiener Peter Christian Oertel in seiner Frohnfeststube an Tische gesessen und die verrichteten Frohnen in das Frohnregister eingetragen, darauf aber, als dieses geschehen, und er den Calender an seinen Ort in das Fenster hängen wollen, und zu selbigen, auf das daran geschehene Anpochen, herausgekucket, von einem zum Fenster hinein geschehenen Schuß dergestalt getroffen worden, daß er darauf zweymal: ach Herr Jesus! ach Herr Jesus! gerufen, sich einmal herumgedrehet, zur Erde gefallen und verblichen;

nach der Erzählung seines Eheweibes fol 7*b* sub A.

auch die durch den Schuß geschehene Verwundung, nach dem viso reperto fol. 7. act sub A, dergestalt befunden worden, daß der Verwundete Oertel alsobald hat sterben müssen und durch keine menschliche Hülfe zu retten, und also sothane Verwundung schlechterdings tödlich gewesen ist; sowohl Inquisit, daß er diesen Amtsdiener Oertel zu der Zeit mit einer von Franz August Dienemannen mit sechs Stücken Bley geladenen und ihm gegebenen Pistole auf die in der vorausgesetzten Geschichtserzählung angezeigte Mase würklich erschossen habe, nicht nur wiederhohlt gestanden,

ad art. inquis. 39. 79. 118.

und die davon noch vorgefundenen und ihm vorgezeigten drey Stück Bley recognosciret,

ad art. inquis. 119.

sondern auch zugleich bekannt hat, daß ihm gedachter Franz Augst Dienemann schon vorhero, nämlich im Herbst des 1773sten Jahres, eine mit einer Kugel geladene Pistole gegeben, und mit selbiger Oerteln in der Klostergasse

g) CARPZOV *part.* I. *qu.* 19. *num.* 10.

stergasse auf der Kirchmauer aufzulauren, und selbigen, wenn er des Nachts nach seinem Obste im Baumgarten herum gienge, zu erschiessen, geheissen hätte;

ad art. inquis. addit 3. 31. fol. 72 act. sub G. und bey der Confrontation mit gedachten Franz August Dienemann fol. 60. act. sub. H.

er, Inquisit, auch mit dieser Pistole, um Oerteln zu erschiessen, sich auf den Weg gemacht, allein, weil er eben vor die Schenke gekommen, und Oerteln zu der Zeit nicht angetroffen, wieder in Franz August Dienemanns Hauß zurückgegangen wäre;

ad art. inquis. 171. 176. 177. 186. 188. 189. 192.

aus welchem, daß Inquisit den Amtsdiener Oertel fürsätzlich und muthwilliger Weise ermordet habe, sich genugsam ergiebet, bevorab da Inquisit mit selbigem weder in Feindschaft gelebet, noch sonst einen Haß oder Zorn auf ihn gehabt haben will;

ad art. inquis. addit. 6. 7. 10.

sodann die in den Zweifelsgründen angezogenen Entschuldigungen nicht für solche, die nach dem 137sten Artickel der Karolinischen Halßgerichtsordnung rechtmäsig seyn müssen, gehalten werden mögen, anerwogen ad 1) Inquisit deswegen, daß er sich zu Begehung dieser Mordthat blos durch die ihm dafür versprochenen 40 Rthl. verleiten lassen, und also nur schnöden Gewinnstes willen, die Mordthat begangen; die auf den fürsätzlichen Mord gesetzte Strafe desto mehr verdienet h); zumal da ad 2) in den Acten nicht wahrzunehmen, daß Inquisit von so großer Einfalt und Unverstand wäre, daß er die schon natürliche Abscheulichkeit dieses Verbrechens sich nicht vorstellen mögen, da er doch den Mord mit so vielem Vorbedacht ausgeübet, und ausserdem ein böser Mensch ist, der nicht nur vor der Mordthat bereits im Jahr 1765 wegen begangenen Diebstahls des Landes auf ewig verwiesen worden,

besage der Acten sub ‡ und des inducti sub △ fol. 209 act. sub C.

sondern auch nach der Mordthat, bey dem am 12ten Junius 1774 geschehenen Kahlenbergischen Gelddiebstahle, seinem eigenen Geständnisse nach,

h) CARPZOV *part. I. qu. 19. num. 7. seq.*

an dem Heustalle Wache gehalten, und davon zwey Pistoletten zu seinen Antheil bekommen hat;

fol. 9 seq. act. sub ☉.

und dahero gewis zu glauben ist, daß, wenn er nicht selbst an den Missethaten seinen eigenen Gefallen gefunden, er sich auch von niemanden würde dazu haben verführen und bereden lassen; sowohl ad 3) Inquisit eben deswegen, daß Oertel ein Amtsdiener gewesen, an selbigen, weil dergleichen Personen gegen die Verletzungen Anderer besonders gesichert seyn müssen, sich um so weniger vergreiffen und noch viel weniger denselben gar ermorden sollen; die Karolinische Halßgerichtsordnung, art. 237, auch, daß der an einer Person von geringen Stande ausgeübte Mord gelinder als mit dem Rade bestraft werden solle, keinesweges befiehlet, sondern vielmehr ordnet, daß, wenn der fürsätzliche Mord an hohen Personen, des Thäters eigenen Herren, Ehegatten oder nahen gesipten Freunden geschehen, durch etliche Leibesstrafen, als mit Zangenreissen, oder Ausschleifung, die Strafe des Rades vor der endlichen Tödtung vermehret werden solle; auch Inquisit leicht begreiffen können, daß die angezogene leichtsinnige und unüberlegte Rede des Pöbels nicht in Ernst gemeinet sey, und er dahero auch die Ermordung des Amtsdieners Oertels sich als ein geringes Verbrechen vorzustellen, aus selbiger keine Veranlassung nehmen mögen, bevorab da er selbst fol. 87 *b* act. sub G. gestehet, wie er weiter nichts zu seiner Defension anzugeben wisse, als daß ihn die 40 Rthl. welche ihm Dieneman vor die Mordthat gebothen, verblendet hätten; und ad 4) Inquisit eben deshalb, damit er der Obrigkeit durch ein boshaftes Leugnen keine vergebliche Arbeit und Kosten verursache, zu einem freywilligen, offenhertzigen, beständigen und unveränderlichen Geständniß verbunden gewesen, er aber auch das letztere nicht allenthalben beobachtet, daß deswegen Krippendorf und Sänger fol. 60 seq. act. sub G. mit ihm confrontiret werden müssen; sodann ad 5) seine Reue von keiner sonderlichen Erheblichkeit ist, und er ad 6) das Gefängniß sich selbst durch sein großes Verbrechen zu Wege gebracht hat, so wie ad 7) seine Krankheit iuxt. fol. 240 act. sub C. und fol. 90 *b* act. sub G Theils von der damaligen Seuche, Theils von seiner venerischen Krankheit, und also nicht von dem Gefängniß herrühret, er auch in selbigem iuxt. fol. 240 und 243 act. sub C. mit einem Bette, und durch einen angebrachten Windofen mit nöthiger Wärme versehen worden ist; sowohl überdem die Karolinische Halßgerichtsordnung in dem obgedachten 137sten Artickel auf den fürsätzlichen

und

und muthwilligen Mord die Strafe genau bestimmt, daß nämlich derjenige, welcher solchen begangen, mit dem Rade vom Leben zum Tode gestraft werden solle; und also diese Strafe, obgleich ein Meuchelmörder, nach der Meinung des Carpzovs i) eine geschärftere Strafe verdiente, keinen Zweifel unterworfen:

So ist derowegen Inquisit Johann Samuel Canzler, daferne er vor gehegtem hochnothpeinlichen Halsgerichte auf seinem Bekänntniß beharret, oder dessen, wie recht, überführet wird, wegen der von ihm begangenen Mordthat, mit dem Rade vom Leben zum Tode zu richten, auch, dessen Körper, andern zum abschreckenden Exempel, auf ein besonders Rad zu flechten; es wollte denn die durchlauchtigste Landesherrschaft in Erwegung, daß Inquisit zu sothaner Mordthat von seinem Dienstherren Franz August Dienemannen verleitet seyn mag, und selbige gleich bey seinem ersten Verhör freywillig gestanden, Gnade vor Recht ergehen lassen, auf solchen Fall ist zwar gedachter Inquisit mit der Strafe des Rades zu verschonen, nichts destoweniger aber mit dem Schwerdte vom Leben zum Tode zu richten, und darauf dessen Körper Andern zum Abscheu auf ein besonderes Rad zu flechten. V. R. W.

CXXV.

Urthel

nach O** im Junius 1776.

Von der Todesstrafe eines Assassinators, welcher, einen Mord zu begehen, aufgetragen und deshalb eine Belohnung versprochen hat.

Als Uns die wider Franz August Dienemannen ergangenen Inquisitions und andere beygelegten Acten in XX St. n. e. F. anderweit z. u. d. u. Rb. g. w. d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden: Hat ermeldter Inquisit Franz August Dienemann, nachdem derselbe anderweit wegen der abzuwendenden Tortur

i) *part. 1. qu. 19. num. 7. seq.*

Tortur eine Defension fol. 17. seq. act. sub H. Num. 2. geführet, sodann darauf das Urthel fol. 194. seq. cor. acti erfolget, und dasselbe ihm, jedoch mit Weglassung des darinne zuerkannten Grades der Peinlichkeit, gehörig fol. 192. cor. act. eröfnet, er auch nochmalen summarisch und Artickelsweise vernommen worden ist, in Güte bekannt und gestanden, daß er den Amtsdiener, Peter Christian Oerteln, auf die Seite zu schaffen, und selbigen tödten zu lassen, den Vorsatz gefasset,

ad art. 1. fol. 203b cor. act.

und in dieser Absicht seinem Dienstknechte, dem nunmehro hingerichteten Mitinquisiten, Johann Samuel Kanzlern, zu ein oder mehrmalen, den gedachten Oertel zu tödten, auf dem Hofe, als Kanzler gesprochen, daß er Oerteln mit der Mistgabel erstechen wolle, besonders bey der Nordhäuser Fuhre und bey der Arbeit, angetragen,

ad art. 3. 4 und 5. cor. act.

und mit den Worten: wenn ihr einmal in die Zwätschen gehet, so nehmt ein schiessend Gewehr mit, und wenn Oertel kömmt, so schießt ihn: geheissen habe,

ad art. 6. cor. act.

ingleichen, daß den Abend vorher, ehe Oertel erschossen worden, Kanzler die Pistole, auf sein Geheiß, nach einen Ringel an der Gartenthür abschiessen müssen, und daß er zu Zerhackung der Bleykugel, mit deren Stücken Kanzler die Pistole, in seinem, des Inquisitens, Beyseyn in Hause vor der Rolle, aus der Absicht, Oerteln damit zu schiessen, geladen, Kanzlern selbst das Beil, und, um Oerteln damit zu schiessen, demselben auch die Pistole gegeben, anbey selbigem zu gleicher Zeit, daß er Oerteln damit erschiessen solle, geheissen habe;

ad art. 7, 8 und 9. cor. act.

ferner, daß alles dasjenige, was Kanzler noch vor seinem Ende dieserhalb ausgesaget, wahr sey.

iuxt. fol. 229, 235 und 236. cor. act.

Ob nun wohl der nunmehro abgethane Mitinquisit, Johann Samuel Kanzler, bey seinem artikulirten Verhöre, daß ihm Inquisit, Franz August Dienemann, den Amtsdiener Oertel tod zu machen oder aus dem Wege

Wege zu schaffen, zum erstenmale 20 rthl., hernach aber noch mehr, nämlich 40 Rthl., versprochen habe, ausgesaget,

ad art. inquis. 28. 30. 31. und 32 fol. 12 act. sub G.

nachhero aber fol. 204 *b* seq. eor. act. diese seine Aussage dahin geändert hat, daß ihm Franz August Dienemann weder 20, noch 40 Rthl. vor die zu unternehmende Mordthat ausdrücklich versprochen habe, sondern seine, Kanzlers, Meinung nur gewesen wäre, es würde ihm Dienemann würklich 40 Rthl. dafür geben, weil er einstmals bey dem Mistfahren aus dem Hofe gegen ihn, Kanzlern, die Worte: wenn einer den Kerl, den Amtsdiener Oertel meinend, aus dem Wege schafte, dem wollte ich lieber die 40 Rthl. geben, die ich ins Amt geben soll, gesprochen, und ausserdem zu einer andern Zeit zu ihm, Kanzlern, wenn er es thäte, und den Oertel aus dem Wege räumte, so wolle er ihm schon geben, daß er zufrieden seyn könnte, gesagt hätte; Inquisit Dienemann aber dieses zu wiederhohlten malen, auch bey der Confrontation mit Kanzlern, fol. 206 *a* et *b* eor. act. geleugnet, auch selbst Kanzler nachhero fol. 216 eor. act. eingestanden, daß ihm Franz August Dienemann zu Begehung des Amtsdiener Mordes weder 40 Rthl., noch so viel, daß er zufrieden seyn könnte, zu geben versprochen, sondern er, Kanzler, geglaubt, daß er eine gelindere Strafe bekommen würde, wenn er vorgäbe, daß ihm Dienemann vor die zu unternehmende Mordthat Geld versprochen hätte; in welcher Absicht er auch gesagt, daß ihm Dienemann, vor die Entleibung des Amtsdieners 40 Rthl., zu geben, versprochen habe; hiernächst eben dieser Kanzler fol. 216 *b* eor. act. gestanden, daß er einen eigenen Haß auf den Amtsdiener Oertel gehabt, dahero er, die von Franz August Dienemannen ihm angesonnenen und zu unternehmen geheissene Mordthat des Amtsdiener Oertels zu begehen, sich desto williger finden lassen; so wohl eben dieser Kanzler annoch vor dem gehegten hochnothpeinlichen Halßgerichte ad num. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 18 und 19. bekannt, daß ihm Franz August Dienemann zu Begehung des Amtsdienermordes mit den Worten: Samuel, wollt ihr es denn noch nicht thun, der Kerl ist ja nichts bessers werth: nicht verleitet habe, und daß ihm Franz August Dienemann vor die geheissene Mordthat Geld oder sonst etwas zu geben insbesondere 20, und hernach 40 Rthl. nicht versprochen, sondern er, Kanzler, dieses, daß ihm Dienemann Anfangs 20, und hernach 40 Rthl. versprochen, blos in der Absicht, weil er geglaubt, er würde, wenn er dieses sagte, eine gelindere Strafe bekommen, vormals angegeben, und

daß dieser Dienemann in seinem Hofe bey dem Mistfahren zu ihm, Kanzlern, die Worte,: wenn einer den Amtsdiener Oertel aus dem Wege schafte, so wollte ich ihm lieber die 40 Rthl. geben, die ich ins Amt geben soll: einstmals nicht gesprochen, sondern er, Kanzler, geglaubet, es würde ihm auch Franz August Dienemann 40 Rthl. geben, wenn er den Amtsdiener Oertel getödet haben würde; auch dieser Dienemann zu einer andern Zeit zu ihm, Kanzler, die Worte: wenn du es thätest, und den Oertel aus dem Wege räumtest, ich dir schon geben will, daß du zufrieden seyn kannst, nicht gesprochen; er, Kanzler, auch selbst einen eigenen Haß auf den Amtsdiener Oertel gehabt, und deswegen desto williger die ihm von Dienemannen an den Amtsdiener Oertel zu begehen geheissene Mordthat übernommen und ausgeübet hat; bey welchen Umständen der Aussage des Kanzlers, wodurch er den Franz August Dienemannen wegen des an der Mordthat des Amtsdiener Oertels genommenen Antheils beschuldiget, kein Glaube beyzulegen seyn dürfte, beyorab da besagter Dienemann bey Gelegenheit, als der Adjunct Becher iuxt. fol. 224. act. sub G. mit ihm gesprochen und ihm vorgehalten, daß der Mitinquisit Kanzler zwar revociret, daß er, Dienemann demselben keine 40 Rthl. vor die Mordthat zu geben versprochen, selbiger aber feste darauf beharrete, daß er, Dienemann, ihm, diese Mordthat an Oerteln zu verüben, geheissen, hierauf unter andern gesagt: wenn er dieses gegen den Kanzler ja gesagt haben sollte, so müste er es in der Bosheit gesagt haben, aber besinnen könnte er sich nicht darauf, man spräche ja wohl ehe ein Wort und wäre einem nicht gleich sein Ernst; ferner Franz August Dienemann, als er bey Publication des vorigen Urthels fol. 192 *b* act. sub H. num. 2. befraget worden, ob er die im Urthel vorgeschriebenen Fragstücke einräumen könnte und wollte, declariret hat, daß, wenn ja durch Redensarten eins und das andere vorgekommen seyn sollte, doch nichts davon in sein Herz gekommen wäre; sodann auch eben derselbe an eben dem Tage, da ihm sothanes Urthel eröfnet worden, des Nachmittags, als er den Rath und Amtmann, zu ihm zu kommen bitten lassen, diesem weinend: ach! ich habe das Leben satt, ich will lieber alles gethan haben und gestehen, ob ich gleich von nichts weiß, damit es nur einmal ein Ende wird: zu erkennen gegeben; derselbe auch nachhero ad art. 2 fol. 234 *b* seq. eor. act. ausgesaget, daß er eigentlich keine Rache auf Oerteln gehabt, sondern Kanzler ihn erst dazu beredet habe, jedoch um der Sache ein Ende zu machen, so wolle er gestehen, daß er eine Rache auf Oerteln gehabt; ferner derselbe, nachdem ihm sein letzteres articulirtes Verhör wiederum

vorge-

vorgelesen worden, fol. 232 *b* eor. act. erinnert, daß er zwar Kanzlern geheissen, Oerteln zu schiessen, dabey aber nicht geglaubet habe, daß er ihn erschiessen werde; wobey er die Bitte hinzugefüget, ihn nunmehro mit der Marter zu verschonen, indem er die Sache gerne zu Ende haben wollte, weil er sich nicht gerne vorhero erst zum Kröpel machen lassen wollte; auch hernach ad art. 8 fol. 253 *b* eor act. folgende veränderliche Rede: ja! er habe die mit dem gehackten Bley geladene Pistole Kanzlern gegeben, um Oerteln damit zu schiessen, aber nicht zu erschiessen, ja! er habe sie ihm gegeben, Oerteln damit zu erschiessen; nein, er habe sie ihm gar nicht gegeben, sondern Kanzler hätte selbige unter der Treppe hervor gehohlet selbst geladen und bey sich behalten: zur Antwort gegeben hat; solchemnach Inquisit, Franz August Dienemann aus Verdruß seines Lebens, um der Sache ein Ende zu machen und nicht erst die Marter auszustehen, sein Bekänntniß gethan zu haben scheinet, und iuxt. fol. 233. eor. act. keine weitere Defension verlanget hat; mithin, daß derselbe mit keiner Todesstrafe zu belegen sey, es das Ansehen gewinnen will:

Dennoch aber und dieweil Inquisit Franz August Dienemann, Innhalts der vorausgesetzten Geschichtserzählung, freywillig gestanden, daß er, den Amtsdiener, Peter Christian Oerteln, auf die Seite zu schaffen und selbigen tödten zu lassen, den Vorsatz gefasset, auch in dieser Absicht seinem Dienstknecht Kanzlern zu ein oder mehrmalen, den gedachten Oertel zu tödten, angetragen, und diesen nicht nur bey der Gelegenheit, da er, Kanzler, in die Zwätschen gienge, zu schiessen geheissen, sondern Kanzler auch den Abend vorher, ehe Oertel erschossen worden, die Pistole, auf sein Geheiß, nach einem Ringel abschiessen müssen; sowohl ausserdem Inquisit Dienemann dem Kanzler diese Pistole, um Oerteln damit zu schiessen, nicht nur gegeben, sondern auch, selbigen damit zu erschiessen, ihm geheissen, und ihm zu Zerhackung der Bleykugel, mit deren Stücken Kanzler die Pistole in seinem, des Inquisitens, Beyseyn in Hauße vor der Rolle, aus der Absicht, Oerteln damit zu schiessen, geladen, selbst das Beil hergegeben; anbey zu wiederhohlten malen, besonders auch noch ganz zuletzt fol. 236 act. sub H num. 2 in der Maße gestanden, daß, wenn ja eins und das andere von ihm auf die Fragstücke nicht recht beantwortet worden, oder sonst etwas fehle, doch alles, was der Kerl, Kanzlern meinend, noch vor seinem Ende dieserhalb ausgesaget, wahr sey; Kanzler nun aber annoch vor dem gehegten hochnothpeinlichen Halßgerichte ausdrücklich zu erkennen gegeben, daß ihm sein Dienst-

 herr

herr Franz August Dienemann zu der an den Amtsdiener Oertel verübten Mordthat nicht nur beredet, sondern auch, selbige zu begehen, ein oder mehrmalen, besonders auf einer Northäuser Fuhre, bey der Arbeit, und in seiner Stube geheissen, und kurz vor der Oldisleber Kirmse des 1773sten Jahres auf einer Nordhäuser Fuhre zu ihm die Worte: wenn ihr mir den Kerl, den Amtsdiener Oertel meinend, noch vor der Kirmse wegschaftet, so will ich euch geben, daß ihr auf der Kirmse tanzen könnt: gesprochen; auch den Abend vorher, ehe er, Kanzler, die Mordthat begangen, Franz August Dienemann die Pistole mit sechs Bleystücken in seinem Hauße vor der Rolle geladen, und ihm solche in der Absicht, Oerteln damit zu erschiessen, und mit den Worten: da nehmt sie und nehmt euch in Acht, gegeben; er, Kanzler auch mit dieser von Franz August Dienemannen geladenen und gegebenen Pistole den Amtsdiener Oertel würklich erschossen; auch eben dieser Dienemann ihm, Kanzlern, einige Zeit vorher eine mit einer Kugel geladene Pistole gegeben, und, den Amtsdiener Oertel damit zu erschiessen, geheissen; nachhero aber die Pistole mit der Kugel auf die Dienemannische Gartenthür nach einem Ringel ihn abschiessen lassen; überdem Franz August Dienemann ihm nicht nur gestanden, daß er den Amtsdiener Oertel so gram sey, sondern auch gegen ihn, Kanzlern, so ofte der Amtsdiener Oertel gekommen und zur Frohne oder sonst geboten, die Worte: wenn ich den Kerl sehe, so möchte ich ihm auch gleich daß Messer im Leibe umwenden: gesprochen; ingleichen dieser Dienemann, zur Zeit, als er wegen der an Oerteln verübten Schlägerey 40 Rthl. Strafe geben sollen, noch mehr auf Oerteln erbittert worden, und ihm, Kanzlern, diese Mordthat an Oerteln zu verüben, nochmalen geheissen;

ad num. 5. 6. 7. 15. 16. 17. 20. 21 und 22. fol. 230 *b* act. sub G.

und obgleich Kanzler die vormalige Aussage, daß ihm Franz August Dienemann vor die geheissene Mordthat erstlich 20 rthl., hernach 40 rthlr. und zu einer andern Zeit, so viel, daß er zufrieden seyn könnte, zu geben versprochen habe, wiederrufen hat, er doch dabey, daß Inquisit Dienemann, wie obgedacht, auf einer Nordhäuser Fuhre die Worte: wenn ihr mir den Kerl, den Amtsdiener Oertel meinend, noch vor der Kirmse wegschaffet, so will ich euch geben, daß ihr auf der Kirmse tanzen könnt: zu ihm gesprochen habe, bis an sein Ende verblieben ist; und die Mordthat nicht blos wegen seines eigenen gegen Oerteln gehabten Hasses, sondern weil Inquisit Dienemann gegen Oerteln, wie obgedacht, sehr erbittert

gewesen,

gewesen, und ihm, Kanzlern, deshalb, Oerteln zu erschiessen, mehrmalen geheissen, unternommen, und dieses nur wegen seines eigenen gegen Oerteln gehabten Hasses desto williger gethan; auch bey seinen vorigen Verhören dieses, daß ihm Inquisit Franz August Dienemann vor diese Mordthat 40 Rthl. versprochen, nicht aus Haß gegen Franz August Dienemannen, sondern nur aus der Ursache, weil er in der Meinung gestanden, es würde ihm dieser Dienemann nach der verübten Mordthat 40 Rthlr. geben, und geglaubt, daß, wenn er sagte Dienemann habe ihm die 40 rthl. versprochen, er eine gelindere Strafe bekommen würde, ausgesaget hat;

ad num. 11. 13. und 23. fol. 231 *b* und 233 *b* eor. act. sub G.

solchemnach, daß Kanzler vor seinem Ende, zumal da er iuxt. fol. 224. eor. act. den Tag vor seiner Hinrichtung das heilige Abendmahl mit vieler Andacht genossen, bey seinem vor sich gesehenen nahen Uebergang in die Ewigkeit, die Wahrheit ausgesaget habe, nicht zu zweifeln ist, bevorab da Inquisit Dienemann selbst das mehreste davon eingestanden und nur vorhero mit dem aufrichtigen Bekänntniß, weil er gesehen, daß es ihm ebenfalls ans Leben gehen dürfte, zurückgehalten, und schon, wie in den Zweifelsgründen angemerkt worden, gegen den Adjunct Becher, die Mordthat an Oerteln zu verüben, dem Kanzler geheissen zu haben, nicht schlechterdings leugnen mögen, sondern nur damit, daß es allenfalls aus Boßheit geschehen seyn müsse, oder, wie er fol. 207 *b* act. sub G. vorgegeben, daß, wenn er ja dergleichen aus Uebereilung gesagt haben sollte, er sich doch dessen, es möchte auch kommen, wie Gott wollte, nicht erinnern könnte, aber aus Vorsatz habe er es nicht gesagt, zu entschuldigen gesucht hat; jene Boßheit aber, ob ausgeführter masen, sich dergestalt seines Herzens bemeistert, daß er mit mancherley Veranstaltungen und vorsätzlich aus einem großen Haß gegen Oerteln, diesen durch Kanzlern um das Leben zu bringen gesucht hat, daß er nun darüber aus Gewissens Unruhe seines Lebens satt geworden, und, um sich nicht erst durch die Folter zum Geständniß bringen zu lassen, lieber freywillig und hiermit der Sache zugleich ein Ende zu machen, bekannt hat; ein fürsätzlicher muthwilliger Mörder aber, nach dem 137sten Articel der Carolinischen Halßgerichtsordnung, mit dem Rade vom Leben zum Tode gestraft werden soll; und dahero auch Inquisit Franz August Dienemann, nach der Strenge der Rechte, die Strafe des Rades verdienet hätte k); masen derjenige, wel-

 cher

k) BOEHMER *ad* CARPZOVII *pract. rer. iur. crim.* §. 91. *crim. qu.* 19. *obs.* II. MEISTER *in princip.*

cher einem Andern, jemanden ums Leben zu bringen, aufträgt, wo nicht härter, doch wenigstens dem Bevollmächtigten, so die Mordthat ausgeübet, gleich zu bestrafen ist l), zumal da bey einem Meuchelmorde, das Verbrechen durch die unter einer versprochenen Belohnung geschehene Verführung des Andern noch vergrößert wird; und obgleich Kanzler, daß ihm Inquisit vor die zu begehen geheissene Mordthat 20 bis 40 Rthl. zu geben versprochen habe, wiederrufen hat, er doch dieses, daß Inquisit Dienemann die Worte: wenn ihr mir den Kerl, den Amtsdiener Oertel meinend, noch vor der Kirmse wegschaffet, so will ich euch geben, daß ihr auf der Kirmse tanzen könnt: zu ihm gesprochen habe: zu widerhohlten malen, nämlich fol. 217 act. sub G. und noch unmittelbar vor seinem Ende ad num. 15. fol. 232 eor. act. ausgesaget hat; indessen dem Gerichtsbrauche nach, der Assassinator nur mit dem Schwerdte und der nachherigen Flechtung aufs Rad bestraft zu werden pfleget m):

So ist derowegen Inquisit Franz August Dienemann, daferne er vor gehegtem hochnothpeinlichen Halßgerichte, auf seinem Bekänntniß beharret, oder dessen, wie recht, überführet wird, wegen der seinem Dienstknecht Johann Samuel Kanzlern geheissenen und von diesem an dem Amtsdiener Oertel würklich begangenen Mordthat, mit dem Schwerdte vom Leben zum Tode zu richten, auch dessen Körper, Andern zum abschreckenden Exempel, auf ein besonderes Rad zu flechten; jedoch wird ihm vorhero, auf sein Verlangen, eine Defension annoch billig verstattet. V. R. W.

l) CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 4. 19. *num.* 15.
m) CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.*

Sechs-

Sechster Abschnitt

von

Criminalprocesse

Sechster Abschnitt
von
Criminalprocesse

CXXVI.
Vor was für einem Gerichte in Schwängerungssachen gehandelt werden muß.

§. 1.

Es entstehet in Schwängerungssachen, da sich eine Mannsperson mit einer ehrbaren ledigen Weibesperson fleischlich vermischt hat, nicht selten die Frage: ob in solchen Sachen die Klage vor dem geistlichen oder weltlichen Gerichte angestellet werden muß? Die Sachwalter wissen sich oftermalen darein nicht zu finden, und wird dabey die Einrede des unstatthaften Gerichtsstandes von Seiten des Beklagtens zuweilen gegründet, zuweilen aber auch ganz ungegründet entgegen gesetzet. Es sind aber, um die hierinn vorfallenden Schwierigkeiten zu heben, die deshalb sich ereignenden mancherley Fälle wohl von einander abzusondern. Man klaget nämlich, der Schwängerung halber, entweder auf eine öffentliche, oder auf eine privat Genugthuung, oder auf beyde zugleich. Wir wollen jeden Fall einzeln beantworten.

§. 2.

Geschiehet das erste, daß nämlich der Schwängerung halber auf eine öffentliche Genugthuung geklaget wird, so dürfen die geistlichen Gerichte die Missethäter nicht bestrafen a), noch ihnen die Strafe erlassen b), sondern die Sache gehöret vor die weltlichen Gerichte, und zwar, wenn die Unzucht mit der Landesverweisung oder härter zu bestrafen ist, vor dem Richter, der die Obergerichte hat, ausserdem aber, wenn selbige, wie fast allenthalben gewöhnlich, mit einer Geldstrafe belegt ist, vor dem, der die Erb- oder Niedergerichte hat c).

§. 3.

Geschiehet das zweyte, daß nämlich auf eine privat Genugthuung geklaget wird; wie dieses einer Geschwächten auch alsdenn, wenn der Schwängerer gleich in der peinlichen Sache durch den Reinigungseyd oder sonst von der Strafe sich befreyet haben sollte, verstattet ist d); so klagt die Geschwächte entweder schlechterdings auf die Ehe, weil er sie zu heyrathen versprochen e), oder sie klagt alternativisch, daß der Schwängerer sie entweder heyrathe, oder ihr eine Ausstattung gebe, oder sie klagt nicht auf eine Ehe, sondern dahin, daß er das Kind ernähre und sich mit ihr abfinde. Im ersten Fall gehört die Sache, weil sie das Recht, ob der Schwängerer die Geschwächte zu heyrathen verbunden, betrift, vor das geistliche Gericht f). Im zweyten Fall dürfte es scheinen, als wenn die Geschwächte, weil sie nicht blos auf eine Ehe klagt, die Wahl hätte, den Schwängerer entweder vor dem geistlichen, oder weltlichen Gerichte zu belangen. Allein sie muß solches vor dem geistlichen Gerichte thun g). Denn der Hauptendzweck ihrer Klage ist, der Schwängerer soll sie durch die Heyrath wieder zu Ehren bringen. Dieserhalb wird

a) CARPZOV in *iurispr. eccl. lib.* 3. *def.* 72.

b) BEYER in *additam.* ad CARPZOVII *iurispr. eccl. lib.* 3. *def.* 80.

c) BERLICH *par.* 5. *concl.* 38. *n.* 127. LEYSER *spec.* 581. *med.* 19. *seqq.* BOEHMER *obs.* 5. ad CARPZOV. *pract. crim. par.* 3. *qu.* 119. KOCH in *instit. iur. crim.* §. 278. *not.* 1). PUFENDORF *de iurisd. germ. p.* 2. *s.* 2. *c.* 2. §. 61. *in fin.*

d) STRYK in *usu mod. pand. lib.* 48. *tit.* 5. §. 26.

e) MEVIUS *ad ius Lubecense lib.* 4. *tit.* 5. *art.* 1. *num.* 3. und 2. STRYK in *usu mod. pand. lib.* 48. *tit.* 5. §. 20.

f) CARPZOV *iurispr. eccl. lib.* 2. *def.* 231. LUDOVICI in Consistorialproceß, *cap* 6. §. 6. BERGER in *elect. proc. matrim.* §. 2. und 5.

g) LUDOVICI in Consistorialproceß, *cap.* 6. §. 6. BERGER in *elect. proc. matrim.* §. 7. *pag.* 277.

wird nun aber dem Schwängerer blos vergönnet, Statt der Ehe, durch die Ausstattung sich ihres Anspruches zu entledigen h). Hingegen im dritten Fall, welcher vorhanden, wenn der Schwängerer sich verheyrathet haben sollte i), muß die Klage, weil sie gar nichts geistliches betrift, vor dem weltlichen Richter angestellet werden k).

§. 4.

Geschiehet endlich das dritte, daß nämlich eine öffentliche und privat Genugthuung von dem Schwängerer zugleich gesucht wird; welches sich zuträgt, wenn die Geschwächte die begangene Unzucht der Obrigkeit selbst anzeiget, oder, daß die Obrigkeit, auf anders woher erlangte Nachricht, deshalb, von Amts wegen, eine Untersuchung anstellet, und die Geschwächte dabey zugleich ihre Privatsatisfaction suchet; so dürfte es zwar scheinen, daß beyde Sachen, weil sie mit einander in einer Verbindung stehen, und die Entscheidung wegen der Privatsatisfaction von der Entscheidung der öffentlichen in so fern, als dabey dieses, daß die Unzucht würklich von dem angegebenen Thäter begangen worden, ausgemacht wird, abhänget, vor dem weltlichen Richter zugleich betrieben werden könnten. Allein dieses läst sich so schlechterdings nicht behaupten, sondern es ist dabey zuförderst wahrzunehmen, ob Landesgesetze vorhanden, welche, in Schwängerungssachen den Civilpunct zugleich mit dem Criminalpunkt abzuhandeln, anbefehlen, oder nicht. Im ersten Fall, wie dergleichen, zum Exempel in den Altenburgischen Landen anzutreffen l), ist kein Zweifel, daß die Geschwächte bey der Untersuchung der Unzucht zugleich auf ihre Privatsatisfaction vor dem weltlichen Richter klagen kann, sie mag dabey zugleich auf die Ehe, unter deren Versprechung sie der Schwängerer zum Beyschlaf verleitet hätte, antragen, oder auf eine andere Art ihre Abfinduug suchen. Hingegen im zweyten Fall, da dergleichen Landesgesetz nicht vorhanden, kann zwar die Geschwächte in dem Fall, da sie nur blos auf eine Ausstattung zu klagen ein Recht hat, diese Ausstattung, oder auch die Ernährung des Kindes vor dem weltlichen Richter zugleich verlangen, und daß beyde Sachen zugleich abgehandelt

h) STRYK in *usu mod. pand. lib.* 48. *tit.* 5. §. 20. LEYSER *spec.* 583. *med.* 1. *seqq.*

i) LEYSER *spec.* 583. *med.* 5.

k) LUDOVICI in Consistorialproceß, *cap.* 6. §. 6. BERGER in *elect. proc. matrim.* §. 7. *pag.* 277.

l) Siehe Altenburgisches Mandat von den *delictis carnis*, gegeben zu Altenburg den 27sten Octobr. 1762.

handelt werden m); allein wenn sie ihre Bitte auf eine Ehe richtet, es mag nun dieses schlechterdings, oder alternativisch, daß sie der Schwängerer entweder heyrathe oder ausstatte, geschehen; so findet dieses ihr Suchen vor dem weltlichen Richter, weil diesem in Ehesachen keine Cognition zustehet, nicht Statt, sondern sie ist damit an das Consistorium oder geistliche Gericht zu verweisen n). Dahero denn auch erkannt zu werden pfleget: daß, so viel die Ehe betrift, der Klägerin Suchen allhier nicht Statt hat, oder: daß so viel die Ehe betrift, die Sache anhero nicht gehörig. Oder auch: und wird im übrigen, wegen der mitgeklagten Ehe, Klägerin an das Consistorium billig verwiesen.

§. 5.

Gedachte alternativische Bitte, daß nämlich der Schwängerer sie, die Geschwächte, entweder heyrathe oder ausstatte (§. 4), ist auch stillschweigend darinne enthalten, wenn die Geschwächte blos auf die Ausstattung klagen sollte, da sie gleichwol auf solche lediglich ihre Klage zu richten nicht befugt wäre; weil alsdenn der Beklagte doch die Wahl hat, ob er sie heyrathen, oder ihr die Ausstattung geben will. Daß also in der That selbst die Klage eine Ehesache, nämlich die Heyrath, auf eine verborgene Weise zugleich mit in sich fasset o).

Rechtsfall.

Es wird in Altenburgischen eine ledige Weibesperson B**, die begangener Unzucht halber verdächtig ist, eingezogen. Sie gestehet gleich die That, und giebt eine ledige Mannsperson, Schl**, zu ihren Schwängerer an. Dieser will aber mit ihr in Unehren nichts zu thun gehabt haben. Sie reicht darauf vor eben den Gerichten wider ihn eine Civilklage ein, worinne sie, daß er der Thäter ihrer Schwängerung sey, behauptet und ihm darüber den Eyd zuschiebet, mit Bitte, ihn anzuhalten, daß er sie entweder heyrathe, oder, nebst der Alimentation des Kindes, ausstatte.

Beklagter

m) BERGER in *respons. lib. 2. resp.* 146.

n) BARTH in *hodeg. for. cap. 1. §. 3. lit. c)*. BERGER in *elect. proc. matrim.* §. 5. *pag.* 275.

o) BERGER in *elect. proc. matrim.* §. 7. *pag.* 278.

Beklagter schützt darwider verschiedene Einreden vor, läßt sich aber allen Falls auf die Klage ein. Verneinet den Grund derselben, und giebt ihr den ihm zugeschobenen Eyd zurück. Worauf, nach verhandelten und eingeschickten Acten, nach P** im November 1768 von dem Schöppenstuhl folgendes Urthel gesprochen wird:

Urthel.

Als uns die in Denunciations und resp. Klagsachen Reginen B**, einer ledigen Dirne, Denunciantin und Klägerin an einem, Elias Schl**, eines ledigen Gesellens, Denunciatens am andern Theil, ergangenen Acten, sowohl was beyde zu ihrer Nothdurft und resp. Vertheidigung in Schriften fürgestellet, zugleich auch in Ansehung der von ersterer wider letztern angestellten Civilklage, gegen einander verhandelt haben, nebst einer Frage zugeschickt, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen wir vor Recht:

Daraus so viel zu befinden, daß Regine B**, ihrer begangenen und gestandenen fleischlichen Unzucht halber, mit dreyjähriger Räumung des Amtsbezircks, darinnen sie verbrochen, zu bestrafen, sowohl zur Bezahlung ihres Theils aufgelaufenen Unkosten nicht unbillig anzuhalten. Würde hiernächst Elias Schl**, nach vorhergehender scharfen Verwarnung vor dem Meineyd und dessen schweren Strafe, sich mittelst Eydes reinigen, und, daß er mit ermeldter Reginen B** nicht ohngefehr 6 Wochen nach Weynachten 1767 des Abends in ihres Vaters Hauße, da derselbe und ihre Mutter nicht daheime und in Heyersdorf, auch nicht sonst und seit der Zeit verschiedene mal so wohl des Abends, als auch öfters bey Tage, wenn etwa ihre Eltern nicht zu Hauße gewesen, fleischliche Unzucht und Hurerey getrieben habe, schwören, masen er zuvor zu thun schuldig: so ist wider ihn zwar weiter nichts fürzunehmen, er auch von der wider ihn angestellten Klage zu entbinden und loßzuzählen; jedoch aber die auf diese Untersuchung seines Theils aufgegangenen Unkosten zu erstatten verbunden; da hingegen die bey der Klagsache aufgewandten Unkosten gegen einander billig zu vergleichen und aufzuheben sind. Im Fall aber Schl**, den ihm zuerkannten Reinigungseyd abzuschwören nicht vermöchte: so

 ergehet

ergehet wider ihn, in der Untersuchungssache so wohl, als wegen der erhobenen Klage, ferner was Recht ist. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl, die Untersuchungssache betreffend, Denunciat, mit der Denunciantin in Unehren etwas zu thun gehabt zu haben, leugnet; und, daß ihrer Inculpation gar kein Glaube beyzumessen sey, aus folgenden Gründen vermeinet, eines Theils, weil es eine blose Beschuldigung einer geschwächten Person; andern Theils, weil er jederzeit ordentlich gelebet, und, nach dem gerichtlichen Zeugnis, fol. act. 32, niemals mit Weibespersonen in üblem Verdacht gewesen; auch dritten Theils weil, nach dem Attestat sub △ fol. act. 70, vielmehr in der Denunciantin ihres Vaters Hause verschiedene junge Pursche ein und ausgegangen und daselbst aufgelegen, daß auch der Gerichtsfröhn Berger, nach seiner eidlichen Aussage ad punct. 9. fol. act. 78, einmal einen fremden jungen Purschen daselbst angetroffen; sowohl vierten Theils, weil eben dieser Berger, iuxt. eius deposit. ad punct. 7. fol. act. 77, von dem Nadler Selig erzehlen gehört hat, daß Back die Worte: er hätte Schlegeln und seine Tochter auch recht zusammen gesperret, damit es so, wie nunmehro wirklich geschehen, werden solle: gesagt haben soll; sodann, die Klagesache belangend, Beklagter, ausser den dilatorischen Einreden, welchen bereits abgeholfen worden, erstlich die exceptionem non rite formati libelli et fori incompetentis, weil Klägerin aus einer angeblich zugesagten Ehe alternativisch auf dessen Vollziehung, oder Dotation vor dem weltlichen Gericht klagte, und zweytens die exceptionem deficientis fundamenti agendi, weil Klägerin nach dem Marginalattestat fol. act. 106, am 14den Sept. 1768, ein unehelig Kind gebohren, und, ihrem fol act. 10, befindlichen Angeben nach, die Schwängerung 6 Wochen nach Weynachten 1767, geschehen seyn sollte, binnen welcher Zeit aber kein vollkommenes Kind zur Welt käme, entgegen setzet; mithin, daß allenthalben anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

Dennoch aber und dieweil Denunciat, in Ansehung der Untersuchungssache, die Schwängerung zwar geleugnet; jedoch folgende Umstände, daß ihn der Backin Vater wegen der Ehe angelegen, er auch verschiedene malen in Backs Hause gewesen, und selbiger, so wie auch die Backin selbst ihn öfters zu sich genöthiget, ihn zur Unzucht Anleitung gegeben, auch dahin, daß er die Denunciantin seine Tochter, heurathen solle, zu dispo-

disponiren gesucht hätte, fol. act. 6b, 7, 19a et b gestanden hat; diese Umstände aber, ob er gleich dabey, daß er etwas unrechtes mit der Backin gethan habe, nicht an sich kommen lassen will, dennoch, wegen des genauen Umgangs, wider ihn den Verdacht, daß er wohl mit ihr in Unehren zu thun gehabt haben möchte, nicht ungegründet erwecken; zumahl da er den von der Denunciantin, in ihrer Klage ihm über die unter einem Eheversprechen geschehene Schwängerung zugeschobenen Eid, nicht angenommen, sondern ihr auf allen Fall fol. act. 148 zurück gegeben, auch sein Beystand, Namens seiner Mutter, und Stiefvaters, der Denunciantin Backin, 30 Mfl. iuxt. fol. act. 89. pro redimenda vexa anbieten lassen; welches, wenn er, Schlegel, in dieser Sache ganz rein wäre, schwerlich geschehen seyn würde; solcher Gestalt die Inculpation nicht für eine blose Beschuldigung gehalten werden mag; so wohl die Gerichte dem Denunciaten ausdrücklich nur nach ihrer Wissenschaft das Zeugniß fol. act. 32 gegeben haben; auch nichts seltenes ist, daß jemand, der sonst mit Weibespersonen in keinem üblen Verdacht gewesen, in der folgenden Zeit mit selbigen in einen strafbaren Umgang sich eingelassen, wenn man zumal die Veranlassung hierbey erweget, deren Denunciat, wie obgedacht, daß sie ihn sowohl von Seiten der Denunciantin, als ihrem Vater gemacht worden, selbst geständig ist; sodann der Umstand, daß in dem Backischen Hauße iunge Pursche aufgelegen, eines Theils wegen des unbeschwornen Zeugnisses noch auf keiner völligen Gewisheit beruhet; andern Theils und fürnämlich aber die dem Denunciaten gemachte Beschuldigung nicht aufhebet, indem, diesem ungeachtet, Denunciat die Backin gar wohl geschwängert haben kan, und daß dieses, wenn dasjenige, was Selig gegen Bergern, wie in den Zweifelsgründen gedacht, erzählet, wahr seyn sollte, desto mehr zu glauben, und also dieser Umstand mehr wider als für Denunciaten ist; hiernächst die Klagsache betreffend, einer Geschwächten, welcher die Ehe versprochen worden, ihres Rechtes, allein auf die versprochene Ehe zu klagen, sich zu begeben und ihre Bitte alternativisch einzurichten, um so mehr frey stehet, als dem Beklagten daraus kein Schade, sondern der Vortheil, eines von beyden zu erwählen, erwächst; bey dem alternativischen Gesuch aber die exceptio fori incompetentis, weil das Mandat fol. act. 28 seq. zugleich den Civilpunct bey dem Criminalpunct mit abzuhandeln, anbefiehlet, nicht Statt hat; so wenig die exceptio deficientis fundamenti agendi von Erheblichkeit ist, masen eines Theils Klägerin fol. act. 10 zur Schwängerungszeit nur ohngefehr die 6 Wochen nach Weynachten vorigen oder des 1767sten Jah-

res angiebet, andern Theils bey solchen Handlungen gar leichte ein Rechnungsfehler begangen, oder die Geburth des Kindes selbst, wegen einiger besondern und nicht allemal bekannten Ursachen, entweder befördert oder verzögert werden kann: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

CXXVII.
Vom Sichergeleite.

§. 1.

Das Sichergeleite (saluus conductus) bestehet überhaupt in einer Schrift, wodurch einem Entwichenem, daß er weder in gefängliche Haft gezogen, noch sonst beleidiget werden solle, von der Obrigkeit versprochen wird.

§. 2.

Das Sichergeleite wird, auf Nachsuchen des Entwichenen, so wohl in bürgerlichen, als peinlichen Sachen ertheilet. In bürgerlichen Sachen. Als es sucht ein verschuldeter Kaufmann darum nach, daß er, bis nach seinem ausgemachten Schuldenwesen, für alle persönliche Arreste gesichert seyn und sein Gewerbe zu seinem und der Seinigen nothdürftigen Unterhalt verrichten könne. Da pflegt die Obrigkeit ihm solches unter den Angelöbnis, daß er sich auf Erfordern allemahl stellen, und dasjenige, was Urthel und Recht mit sich bringe, getreulich erfüllen wolle, gegen Caution zu verstatten. In peinlichen Sachen ist das Sichergeleit, es sey das Verbrechen groß, oder gering p), am gewöhnlichsten.

§. 3.

In peinlichen Sachen wird das Sichergeleit entweder genau dahin, daß der Entwichene die ganze Zeit über, so lange die Inquisition dauret, an dem Orte, wo das Gerichte gehalten wird, sicher soll verbleiben und also auch, nach Gefallen, sicher ab und zureisen können, oder nicht. Im ersten Fall heist es **ein special** oder **sonderbares Sichergeleite**. Im andern Fall wird es **ein general** oder **gemein Sichergeleite** genennet.

§. 4.

p) MEVIUS *par.* 1. *decis.* 3. *n.* 1. *et* 2.

§. 4.

Das general oder gemein Sichergeleite (§. 3) erstreckt sich nur auf diejenigen Gerichtstage, an welchen dem Entwichenen ein Termin angesetzet worden. Daher dem Sichergeleite die Clausul, daß er zu einem jeglichen Gerichtstage sicher zu und abreisen möge, einverleibet wird. Jedoch, weil es nicht wohl angehet, daß der Flüchtige just auf den Gerichtstag erst ankomme und mit dessen Endigung gleich wieder abreise, so wird zugleich der vorhergehende Tag, an welchen der Entwichene ankommt, und auch der nachfolgende, an welchen er wieder abreiset, darunter verstanden.

§. 5.

Das Sichergeleite gründet sich überhaupt auf einen Vertrag, da der Entwichene auf dasselbe sich zu stellen verspricht, und der Richter ihm solches gegen dieses Versprechen verwilliget. Daher darf auf beyden Seiten nicht darwider gehandelt werden q).

Rechtliches Gutachten

nach R** im Februar 1768.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung nebst einer Frage zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, d. s. w. v. R.

Ist Johann Peter Heinrich Scheller von Reuth, im Jahr 1766 von den adelich Metzischen Gerichten daselbst, um deswillen, weil er einen Spitzenmann einen Ranzen mit Spitzen und Obligationen in einem Gasthofe, allwo sie beyde er, Scheller, und der Spitzenmann, des Nachts geblieben seyn sollen, entwendet haben soll, in Untersuchung und Arrest gerathen. Ist aber dieser Scheller an dem Tage, an welchem der Diebstahl geschehen, nicht in dem Gasthofe geblieben, und hat auch in seinem Arreste nicht das Geringste auf ihn gebracht werden können. Hat auch der Spitzenmann, nachdem ihm Scheller unter Augen gestellet worden, ihn nicht gewiß für den Thäter angegeben, sondern nur so viel, daß er, Scheller, so aussehe, zu erkennen gegeben. Ist darauf Scheller nach

q) LEYSER in *med. ad Pand. spec.* 628.

nach Schneeberg gebracht, und mit einigen daselbst wohnenden Bürgern, so zur Zeit des entwendeten Ranzens mit in dem Wirthshause geblieben, confrontiret worden. Haben aber auch diese einhellig ausgesaget, daß sie ihn, Schellern, nicht kennten. Ist darauf Scheller wieder nach Reuth geschaffet und in sein voriges Gefängniß gebracht, auch in solchen sehr scharf gehalten und mit schweren eisernen Ketten, gleichwie zuvor, gebunden worden. Ist es aber auch dabey nicht geblieben, sondern hat der Herr von Metsch, als Gerichtsherr, die Worte: ich will dir die Tortur so anthun lassen, daß du sie nicht ausstehen solst: ins Gesicht gesaget. Haben diese Worte Schellern so erschreckt, daß er sich darauf von Ketten und Banden befreyet und von der besorglichen Schmach mit der Flucht gerettet hat. Ist nun auch, nach dieser seiner Flucht, sein Bemühen dahin gerichtet gewesen, daß er, um die Sache, von welcher er sicher und frey, auszumachen und in das Reine zu bringen, die adelich Metzischen Gerichte um Ertheilung eines sichern Geleites gebethen, und ihm selbiges in der Vorladung auf einen andern Vernehmungstermin mit den Worten: wie denn von Gerichtswegen ihm hierzu ein gemeines sicheres Geleite zu den Gerichten frey abzutreten, Kraft dieses abermalen ertheilet wird, er sich aber geleitlich zu halten, auch sonst hiernach behörig zu achen hat: zugefertiget worden. Entstehet dahero die Frage:

Ob Scheller, auf dieses Geleite, ohne Gefahr vor den adelich Metzischen Gerichten sich stellen könne, und die Gerichte, ihn, nach seinem Erscheinen und beschlossener Aussage, wiederum frey und ungehindert abgehen zu lassen und sich seiner Person nicht zu bemächtigen, verbunden?

Ob nun wohl 1) das Sichergeleite (Saluus conductus) gemeiniglich in einer Schrift, worinne der Richter jemanden der eines Verbrechens verdächtig und abwesend ist, auf jedesmaliges Erfordern vor Gerichte sich allezeit zu stellen und sich friedlich aufzuführen, verspricht, die Versicherung giebet, ihn, während der Untersuchung, so lange nichts peinliches wider ihn erkannt worden, weder beleidigen, noch in gefängliche Haft ziehen zu lassen, zu bestehen pfleget; und 2) in den Gesetzen, daß das Sichergeleite mit dem Gerichtssiegel versehen sey, nirgends vorgeschrieben; auch die Beydrückung des Gerichtssiegels, nach der Natur des Sichergeleites, eben nicht nothwendig erforderlich ist, masen der Richter, nicht wegen des beygedruckten Siegels, sondern, wegen seiner gegebenen Versicherung

rung sein Versprechen zu halten verbindlich, und also die Erfüllung des Sichergeleits aus der Natur der Verträge zu beurtheilen ist r); sowohl 3) ein gemein Sichergeleit die Eigenschaft hat, daß es keinen Vorstand oder Bestellung einer Caution erfordert, und zum öftern nicht besonders, sondern in der ausgegangenen Ladung, wie auch von den adelich Metzischen Gerichten geschehen, ausgedruckt zu werden pfleget; so gar, daß einige bewährte Rechtslehrer, wie auch ohnedem, wenn gleich des gemeinen Sichergeleits in der Ladung keine ausdrückliche Meldung geschehen, nichts desto weniger dasselbe schon mit der Citation verbunden sey, und der Missethäter sich des gemeinen Sichergeleits zu getrösten habe, in den Gedanken stehen s); daher auch das Sprichwort, die Ladung trägt das Geleite auf den Rücken: entstanden ist; nicht minder 4) das gemeine Sichergeleit sich auf einen jeglichen Gerichtstermin, da wegen der verübten Missethat, im Gericht gehandelt wird, dergestalt erstrecket, daß der Angeschuldigte, ausser dem Terminstag selbst, sicher einen Tag zuvor ankommen und und den Tag darnach wider abreisen kann t); mithin daß Scheller, auf das von den adelich Metzischen Gerichten gegebene gemeine sichere Geleite, ohne Gefahr einen Tag vor dem angesetzten Termin sicher erscheinen, und den Tag nach dem Termine wiederum frey und ungehindert abgehen könne, ohne daß sothane Gerichte, sich seiner Person zu der Zeit, wenn er sich geleitlich hält, zu bemächtigen, ein Recht haben, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. ad 1) und 2) die Beydrückung des Gerichtssiegels unter das Sichergeleite dem Angeschuldigten, daß ihm das Sichergeleite würklich von den Gerichten gegeben worden, mehr vergewissect, und sowohl wider die Gerichte, als andere Personen zu desto bessern Beweiß des erhaltenen Sichergeleits dienet; dieserhalb auch verschiedene Rechtslehrer daß das Sichergeleit mit dem Gerichtssiegel versehen sey, erfordern u);

 und

r) BOEHMER *obs.* 2. *ad* CARPZOV. *pract. rer. crim. part.* 3. *qu.* 112. *num.* 20. IO. DAN. THOENNIKER. *advoc. prud. in foro crimin. cap.* 8. *num.* 19. *pag.* 29.

s) HEIGIVS *part.* 2. *qu.* 22. *num.* 35. MOLLER *lib.* 2. *sem.* 1. MEVIVS *part. I. decis.* 3. *num.* 9. ZANGER *de except. cap.* 5. *part.* 2. *num.* 8. *pag.* 159. CARPZOV in Inquisitions- und Achtsproceß *tit.* 5. *art. I.* §. 1. et 2.

t) CARPZOV. *l. c. tit.* 5. *art.* 1. §. 3 *et* 4. et in *pract. rer. crim. part.* 3. *qu.* 112. *num.* 13. THOENNIKER *advoc. prud. in for. crim. cap.* 8. *n.* 7. HEIL. in *iudic. et def. cap.* 2. §. 15. Knorr im Gerichtsproceß *lib.* 3. *cap.* 10. §. 18.

u) THOENNIKER *advoc. prud.* in *foro crim. cap.* 8. *num.* 18. ENGAV in *elem. iur.*

und ob zwar ordentlicher Weise ein jeder Richter, welchem die peinlichen Gerichte zustehen, ein sicher Geleite ertheilen kann x), dennoch, weil sich dasselbe nicht weiter, als des Richters Gerichtsbarkeit gehet, erstrecket, dem verletzten Theile unverwehrt ist, den Entwichenen von einer andern Obrigkeit, in deren Gerichten er sich betreten läßt, in gefängliche Haft bringen zu lassen y); solchemnach der Entwichene am sichersten handelt, wenn er das sichere Geleit unmittelbar von dem Landesherrn, unter welchem sämmtliche niedere Obrigkeiten, deren Gerichtsbezirk er betritt, zu erlangen suchet z); sodann ad 3) das Sprichwort: die Ladung trägt das Geleit auf den Rücken: eigentlich nur in bürgerlichen Sachen Statt findet, in peinlichen Fällen aber höchstens nur davon, daß der Vorgeladene ohne Privatbeleidigungen sich zum Richter nahen könne, zu verstehen ist a); auch selbst der in den Zweifelsgründen angeführte Carpzov daß, ausserhalb Sachsen, der Richter, ohne ein ausdrücklich verwilligtes sicheres Geleite, den vorgeladenen Missethäther in Verhaft ziehen könne, behauptet b); endlich ad 4) ein besonderes freyes Sichergeleit (saluus conductus specialis) vortheilhafter ist, indem der Entwichene, wenn er solches ohne Einschränkung auf eine gewisse Zeit erhalten, die ganze Zeit über, so lange die Untersuchung dauret, an dem Orte, wo das Gerichte gehalten wird, sicher verbleiben, und folglich auch, nach eigenen Gefallen, so lange bis etwas peinliches erkannt worden, sicher ab und zureisen kann c); jedoch bey diesem besondern freyen Sichergeleit, daß der Entwichene zuvor eine Caution dahin, daß er sich auf jedesmaliges Erfordern vor dem Gerichte einfinden wolle, bestelle, erforderlich ist d); wofern ihm der Fürst solch

iur. crim. lib. 2. §. 328. KOCH in *instit. iur. crim.* §. 953.

x) CARPZOV in *pract. rer. crim. part.* 3. *qu.* 112. *n.* 28.

y) CARPZOV in *pract. rer. crim. part.* 3. *qu.* 112. *num.* 55. *seq.* HEIL in *indice et defens. cap.* 2. §. 14.

z) LUDOVICI Einleitung zum peinlich. Proceß *cap.* 3. §. 13. KRESS. *comment. in constit. crim. ad art.* 76. §. 3.

a) COLER *de proc. exec. part.* 4. *cap.* 1. *num.* 236. IO. BRUNNEMANN in *proc. inquis. cap.* 8. *memb.* 6. *num.* 16. LUDOVICI Einleit. zum peinlichen Proc. *cap.* 8. §. 14. BOEHMER *obs.* 1. *ad* CARPZOV. *pract. rer. crim. part.* 3. *qu.* 112. *num.* 12.

b) in *pract. rer. crim. qu.* 112. *num.* 16.

c) CARPZOV Inquis. und Achtsproceß *tit.* 5. *art.* 2. LUDOVICI im peinlichen Proceß, *cap.* 3. §. 11. HEIL. in *indic. et def. cap.* 2. §. 17. KNORR im gerichtlichen Proc. *lib.* 3. *cap.* 10. §. 19.

d) CARPZOV im Inquis. und Achtsproc. *tit.* 5. *art.* 2. §. 1. Frölich de Frölichsburg in *comment.* über die peinl. Halsger. Ordn. *lib.* 1. *tit.* 20. *num.* 3. *pag.* 84. KNORR *l. c. lib.* 3. *cap.* 10. §. 19. SCHAUMBURG in *princ. prax. iurid. lib.* 2. *cap.* 11. §. 17. *not.* ***

solch Geleit ohne Bestellung einer Caution zu ertheilen nicht die besondere Gnade erweisen sollte e): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß Scheller am vorsichtigsten handele, wenn er, ehe er auf die Ladung vor den adelich Metzischen Gerichten erscheinet, ein besonderes freyes Sichergeleit, mittelst Anerbiethung zur Caution, oder auch ohne dieselbe, zur Ausführung seiner Unschuld, auf so lange, bis etwas peinliches wider ihn erkannt worden, von dem dasigen Landesherrn zu erlangen suche. V. R. W.

CXXVIII.

Urthel

nach M** im November 1763.

Von der Verjährung eines mit Blutschande verknüpften Ehebruchs und einer dabey vorkommenden Provocation ex l. Diffamari 5. C. de ingen. manum. wodurch keine Prävention in Ansehung der Hauptklage des Provocatens begründet, vielweniger diese durch die Criminelverjährung aufgehoben werden mögen.

Als uns die wider den Hofcammerath Martin, zu Mergentheim, ergangenen Acten z. u. d. u. r. M. v. w. d. f. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden, daß die dem Hofcammerath Martin zu Mergentheim, angeschuldigten Verbrechen des Ehebruchs und der Blutschande für verjährt nicht zu achten; mithin die wider denselben bereits angefangene Untersuchung fortzusetzen. Hiernächst, was die von dem Hofcammerrath Martin wider Weigleinen bey dem Amte Carlstadt angebrachte Provocation *ex l. diffamari* betrift, wenn auch solche nicht für unstatthaft zu achten, dennoch Weiglein so wohl, als dessen Eheweib, Martinen vor seinem ordentlichen Gerichtsstande, zu Mergentheim, in der Hauptsache zu belangen, wohl befugt; und er dahero auf die von der Weigleinin zu Mergentheim bereits angestellte Klage sich einzulassen, nicht minder eben dieses, Falls ihr

e) LUDOVICI in peinl. Proc. *lib.* 3. §. 13.

ihr Ehemann, wider ihn daselbst die Hauptklage erheben sollte, zu thun schuldig. Ergehet darauf ferner was Recht ist. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Obwohl I) nach gemeinen Rechten, die Blutschande sowohl, als der Ehebruch, mittelst eines Verlaufs von fünf Jahren verjähret wird f); folglich, nach 5. Jahren, wider diejenigen, welche eine von diesen beeden Uebelthaten begangen haben, keine weitere Untersuchung Statt findet, und dann die dem Hofcammerath Martin angeschuldigten Mishandlungen besage der Acten, Num. act. 2. im Jahr, 1746 geschehen seyn sollen; mithin, die zur Verjährung derselben in den Gesetzen bestimmte Zeit vorlängst verstrichen ist; und dahero, daß wider ihn eine Untersuchung weder angefangen, noch fort gesetzet werden könne, es das Ansehen gewinnet; hiernächst die von dem Hofcammerrath Martin wider der Weigleinin Ehemann angestellte Imploration belangend, aus den Acten, daß wider erstern, ehe er Weigleinen bey seiner Obrigkeit zu Carlstadt belanget hat, eine Citation ausgeflossen sey, nicht erhellet; hingegen das bey den Acten sub Num. 7 befindliche Amtsprotocoll dieses, daß Martin wider Weigleinen zu Carlstadt, am 14den Junius 1763 geklaget, auch eben dieses Tages Citation ausgebracht habe, bezeuget; diesemnach, daß Martin der Weigleinin zuvorgekommeu, und also Carlstadt, als das Gericht, dahin die Erörterung dieser Civilsache gehöre, anzusehen sey, es scheinen dörfte:

D. a. u. d. ad I) von der im l. 29. §. 6. D. ad leg. Iul. de adult. enthaltenen und die Präscription so wohl des Ehebruches, als der Blutschande auf 5 Jahr setzenden Regel, in dem l. 39. §. 5 ad leg. Iul. de adult. der Fall, da Blutschande und Ehebruch mit einander verknüpft sind, in den Worten: "praescriptione 5 annorum crimen incesti, coniunctum „adulterio, non excluditur" ausdrücklich ausgenommen wird; dergleichen Verbrechungen aber, in Ansehung deren Verjährung, die Gesetze keine gewisse Zeit bestimmet haben, nicht eher als in 20 Jahren präscribiret werden g); folglich, daß Blutschande und Ehebruch, in so ferne beede

f) arg. *L. 29. §. 6. D. ad legem Iul. de adult.* LEYSER in *medit. ad Pand. Tom. 7. pag. 798.*

g) arg. *Leg. 13. D. de diu. temporal. praescr. et L. 2. D. de requir. reis.* LYNCK. *Cent. 4. Resol. 384.* STRVV. *Ex. ad*

beede Mishandlungen in einer Person zusammen kommen, nicht in fünf Jahren präscribiret werden, ausser Zweifel beruhet; wie denn aus diesem Grunde die bewährtesten, sowohl älteren, als neuern, Rechtslehrer, darinnen, daß die Verjährung eines solchen mit Blutschande verknüpften Ehebruchs einen Verlauf von 20 Jahren erfordere, übereinstimmen h); die übrigen Rechtsgelehrten auch, als KRESS i) CLASEN k), CARPZOV l) IUST; HENNING BOEHMER m) und ENGAU n) nebst vielen andern von jetzt gedachter Meinung in dem Fall, davon jetzo die Frage ist, nicht abweichen, sondern den Satz, daß die Blutschande nur in 20 Jahren präscribiret werde, noch weiter erstrecken, und so gar, daß überhaupt die Blutschande sie sey mit dem Ehebruche verknüpft, oder nicht, lediglich durch eine zwanzigjährige Verjährung aufgehoben werde, zu behaupten suchen; solchemnach wider den Hofcammerath Martin wegen der ihm angeschuldigten Verbrechen des Ehebruchs und der Blutschande, obgleich schon 17 bis 18 Jahre von der Zeit an, da er jetztgedachte Begünstigungen verübet, verlaufen sind, die Untersuchung angefangen und fortgestellet werden mögen; derselben auch die von ihm bey dem Amte Carlstadt angestellte Provocation ex l. diffamari nicht im Wege stehet o); an der Anwendung dieser rechtlichen Sätze auf gegenwärtige Sache aber, um so weniger zu zweifeln stehet, da aus den bereits ergangenen Acten allerdings verschiedene zur Untersuchung erforderliche Anzeigungen wider den Hofcammerath Martin sich hervorthun; so viel aber hiernächst ad II) die Frage anlanget, ob und wie weit die von dem Hofcammerrath Martin ex l. diffamari unter einer fremden Jurisdiction angestellte Implo-

ad. Pand. 49. *lib.* 48. *tit.* 16. §. 91. KOCH. *inst. iur. crim.* §. 973.

h) IUL. CLARUS *Lib. V. recept. sent.* §. *adult. num.* 20. BRUNNEMANN in *comment. ad L.* 39. §. 5. *D. ad L. Iul. de adult.* MÜLLER *ad Struv. Ex.* 49. *lib* 48. *tit.* 16. §. 91. *not.* 5. RICHTER in *decis.* 21. *num.* 35. MOELLER *ad Const. elector.* 23. *p.* 4. *n. fin.* TITIUS *in iur. priu. lib.* 6. *cap.* 9. §. 23. BEIER *ad art.* 117. *C.C.C. pos.* 9. SAM. FRIED. BOEHMER in *elem. iurispr. crim. sect. I. cap.* 20. §. 339. *not.* a. LEYSER *Tom.* 7. *pag.* 798.

i) in *Comm. ad art.* 117. *CCC.*

k) *ad eund. art.* 117. *CCC.*

l) *pr. in crim. Part.* 1. *quaest.* 74. *num.* 100.

m) *Tom. I. consult. arg.* 184. *qu.* 12.

n) in *Tr.* von Verjährung in peinlichen Fällen. §. 58.

o) Remora enim vindicandis in salutem publicam delictis ista prouocatione non iniicienda, adeoque processum inquisitorium ea ratione impedire, denuntiantemque ad accusandi officium cogere aut officium iudicis taediis exponere non licet, quippe qui, vrgentibus indiciis, neglecta hac prouocatione, procedere potest, MENCKEN *Proc. Disp. II.* §. 24.

ploration gegen den nunmehrigen Ehemann der ehemahlen von demselben imprägnirt worden seyn sollenden Person Platz greife? zwar solche bey dem Amte Carlstatt, unter dessen Gerichtsbarkeit Weiglein sich befindet, geschehen können p); diese jedoch um deswillen, weil der Hofcammerrath Martin der Provocation, soviel aus dem Carlstatter Amtsprotocoll abzunehmen ist, keine Bescheinigung, wie jedoch geschehen sollen q), beygefüget hat, allem Ansehen nach, unstatthaft ist; im Fall aber auch zu Carlstatt damals, als die Provocation geschehen, einige Bescheinigung der angeblichen Diffamation zu dem Acten gekommen wäre, wovon jedoch keine Spur in den Carlstatter Amtsprotocoll anzutreffen ist, dennoch, Innhalts des Carlstatter Amtsprotocolls, Martins Imploration darinnen daß Weiglein seine Forderung rechts genüglich herzulegen, oder die Anweisung zu einem ewigen Stillschweigen zu gewärtigen, bedeutet werden möchte, bestanden hat; gleichwohl dergleichen Provocation keine Prävention, dadurch der Provocat in foro prouocatorio seine Hauptklage wider den Provocanten zu erheben genöthiget würde, würken kann r); sondern dem Provocaten, ob er die Hauptklage in dem Gerichte, wo die Provocation geschehen, oder vor des Provocanten ordentlichen Richter anstellen will, die Wahl verbleibet s); solchergestalt Weigleinen die von dem Hofcammerrath Martin vorgeschützte Einrede der Prävention nicht entgegen gestellet werden mag; vielmehr dieser auf die von Weigleinen bey der hochlöbl. Regierung zu Mergentheim anzustellende Klage sich einlassen muß; am wenigsten aber dem Hofcammerrath die Verjährung zu statten kommen kann, indem, gesetzten Falls, daß die Criminalpersecution erloschen wäre, welches jedoch anzunehmen gar kein Grund vorhanden ist, nichts desto weniger die von Weigleinen geschehene Civilklage, als welche ohnstreitig 30 Jahr dauret, annoch statt findet; so viel hingegen der Weigleinin bey hochlöblicher Regierung zu Mergentheim angebrachte Klage belanget, derselben die von dem Hofcammerrath zu Carlstatt

p) Prouocatio enim ex l. diffamari coram quouis iudice, etiam vtriusque incompetente, fieri potest, BERGER in *elect. process. prouoc.* §. 20.

q) *Ord. Cam. part.* 2. *tit.* 25. *Recess. imp. de anno* 1654. §. 79. *et* 83.

r) GAIL. *lib.* 1. *obs. II. num.* 4. MENCK *in Proc. iur. comm. et elector. Sax. disp.* 2. §. 28. GRIBN. *Princ. proc. lib.* 2. *cap.* 8. §. 9.

s) MEVIUS *part.* 3. *decis.* 212. *num.* 4. *et seqq.* GAIL. *cit. loc. num.* 5. *et seqq.* Knorr im Proceß *lib.* 3. *cap.* 5. §. 2. LUDOVICI in der Einl. zum Civilproceß. *Cap.* 5. §. 21. SWENDEND. *ad Fibig. pag.* 1566. MART. *ad proc. Sax. Tit. I.* §. 5. *num.* 44. BERGER *in elect. proc. prouoc.* §. 22.

stadt geschehene Provocation auf keine Weise nachtheilig ist, indem eines Theils die Weigleinin, schon am 21sten May dieses Jahres, zu Mergentheim, mithin vor der von dem Hofcammerrath zu Carlstatt, erst an 14ten Jun. des jetzigen Jahres, angebrachten Provocation die Hauptklage angestellet hat, andern Theils sie auch nicht selbst, sondern nur ihr Ehemann zu Carlstatt zu klagen aufgefordert worden, dritten Theils dieselbe, wenn gleich der Hofcammerrath sie zu Carlstatt provociret, dennoch ihre Hauptklage daselbst anzufangen und fortzustellen nicht schuldig gewesen seyn würde, sondern ihr zu Mergentheim den Hofcammerath vor seinem Gerichtsstand zu belangen freygestanden hätte, über dieses vierten Theils die Weigleinin noch den Umstand, daß doch dem Hofcammerath ihr Anbringen zu Mergentheim bereits vorgehalten, und von ihm, wie er sich verantworten wollte, versprochen worden, vor sich hat; folgbar, wenn der Hofcammerath sie zu Carlstadt provociren wollen, solches offenbar als eine Gefährde anzusehen seyn müste; und also der Fortstellung der Klage, welche die Weigleinin zu Carlstadt erhoben, nichts erhebliches entgegen gesetzet werden mag, sondern, der Hofcammerath auf dieselbe sich einzulassen und den Ausgang derselben von hochlöblicher Regierung zu Mergentheim zu erwarten, unter keinem Schein sich entbrechen kann: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

CXXVIIII.

Wie ein Verbrecher, der zu antworten sich weigert, durch Zwangsmittel hierzu angehalten werden kann, besonders von der, dieses Ungehorsams wegen, Statt findenden Marter.

§. 1.

So wie in bürgerlichen Sachen der Beklagte auf die wider ihn erhobene Klage sich einlassen muß, woferne er nicht durch eine gleich klare Einrede die Einlassung von sich abzulehnen vermag, so kann sich auch in peinlichen Sachen der des Verbrechens Beschuldigte seiner Vernehmung über selbiges nicht entziehen, wenn er darwider keine gerechte Ursache vorzubringen im Stande ist t).

§. 2.

t) BOEHMER in *exerc. ad pand. tom. II. exerc.* 24. §. 5.

§. 2.

Will nun aber gleichwohl der Inculpat zur Vernehmung über das ihm beschuldigte Verbrechen in Güte sich nicht bequemen, so sind zwey Fälle von einander zu unterscheiden. Der erste Fall ist, wenn er seiner Missethat durch vollgültige Zeugen bereits überwiesen worden. Der zweyte bestehet darinne, wenn derselbe zwar des begangenen Verbrechens noch nicht überführet worden, er aber doch eine solche Person ist, von der man, der Anzeigen halber, solches vermuthen, oder zu der man sich der That versehen kann. Im ersten Fall bedarf es, der Regel nach, keiner Marter, um ihn zur Antwort zu bewegen, sondern da kann, seiner Halßstarrigkeit ungeachtet, gleich auf die verwürkte Strafe erkannt werden u). Im zweyten Fall aber ist das begangene Verbrechen, dessen Inculpat verdächtig geworden, entweder ein schweres oder geringes Verbrechen.

§. 3.

Ist das begangene Verbrechen, dessen Inculpat verdächtig geworden, und worüber er sich in Güte nicht vernehmen lassen will, ein geringes Verbrechen (§. 2), worauf nämlich keine Leibes oder Lebensstrafe stehet; so kann er, ausser den in einigen Stockschlägen, Geld oder Gefängnißstrafe bestehenden, und von dem Ermessen des Richters abhängenden Zwangsmitteln, auch dadurch zur Vernehmung bewogen werden, daß ihm die Antwort unter der Verwarnung, daß er sonst des Verbrechens für geständig und überführet geachtet werden solle, auferleget wird. Beharret er nun dem ungeachtet auf seiner Widerspenstigkeit, so wird alsdenn das Verbrechen zwar für eingestanden angenommen, jedoch belegt man ihn, nach der Meinung verschiedener Rechtslehrer x), weil das Geständniß nicht ausdrücklich geschehen, nur mit einer willkührlichen Strafe. Ob ich gleich dafür halte, daß, weil bey dieser Art der Verbrechen die Strafe dem Inculpaten, wie in Civilsachen, weder an seinem Leibe noch Leben schadet, auch auf die ordentliche Strafe wegen solches erdichteten Geständnisses gesprochen werden könne y).

u) Vermöge der Carolinischen Halßgerichtsordnung *art.* 67 und 69. Quistorp in Grundsätzen des teutschen peinlichen Rechtes, §. 543. Not. *b*).

x) Worunter auch CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 113. *num.* 59. und BARTH. in diss. *de comminatione sub poena confessi et conuicti. cap.* 2. §. 5.

y) BOEHMER in *exerc. ad Pand. tom. II. exerc.* 24. §. 3. am Ende.

§. 4.

Wenn aber das Verbrechen in einem schweren Verbrechen (§. 2), das ist, in einem solchem, worauf eine Leibes oder Lebensstrafe gesetzt worden, bestehet; so kann der Missethäter, welcher auf die Inquisitionalartickel entweder ganz und gar nicht, oder nicht auf eine deutliche und unverwickelte Art antworten will z), auf den Fall, da das Daseyn des Verbrechens noch nicht völlig, doch wenigstens zur Hälfte dargethan und wider Inculpaten ein genugsamer Verdacht vorhanden ist a), ausserdem allenfalls erst zu versuchenden härtern Gefängniß b), mit der Bedrohung, daß er widrigen Falls mit scharfer Frage darzu angehalten werden sollte, zur Antwort genöthiget werden. Und dieses Theils um deswillen, weil sich Inculpat durch die ohne allen Grund verweigerte gehörige Antwort des Verbrechens noch mehr verdächtig machet c), Theils aus der Ursache, damit der Inculpat solcher Verweigerung nicht als eines Mittels, der auf auf das Verbrechen gesetzten Leibes- oder Lebensstrafe zu entgehen, sich bedienen möge. Wollte man, wie bey geringen Verbrechen (§. 3.), den Inculpaten auch bey diesem schweren Verbrechen die Antwort unter der Verwarnung, daß er sonst der verabfaßten Inquisitionalartickel, und also auch des Verbrechens, für geständig und überführt geachtet werden solle, auferlegen, so würde dieses Erkänntniß, auf den fernern Ungehorsamsfall, den angedrohten Erfolg, ihn des Verbrechens für geständig und überführt zu halten, und also sodann mit der auf das Verbrechen gesetzten Strafe zu belegen, nicht hervorbringen. Denn bey solchen schweren Verbrechen, da einer am Leibe oder Leben gestraft werden soll, ist der klareste Beweiß erforderlich. Welchen das blos zur Strafe des Ungehorsams angenommene Geständniß des Inculpatens keinesweges abgiebet. Eine solche angedrohete Strafe des Ungehorsams in Nichtantworten, kann auf den Fall, da sich Inculpat dadurch nicht bewegen lassen, bey diesem schweren Verbrechen allenfalls nur so viel würken, daß Inculpat nur lediglich der wider ihn vorhandenen und durch seine verweigerte Antwort vermehrten Anzeigen für geständig und überführet zu achten, und nunmehro wider ihn, dieser ge-

 ständigen

z) BOEHMER *ad* CARPZOV *pract. rer. crim. qu.* 113. *obs.* 10. Quistorp in peinlichen Recht, §. 543.

a) Carolinische Halsger. Ordn. Art. 6. und 22.

b) BOEHMER *tom.* II. *exerc.* 24. §. 4.

c) CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 113. *num.* 57.

ständigen Anzeigen halber, auf die Tortur zum Erkänntniß der Wahrheit zu erkennen ist d).

§. 5.

Hingegen bey der Bedrohung, daß Inculpat bey fernerer Verweigerung mit scharfer Frage zur Antwort angehalten werden solle (§. 4), kann, nach Beschaffenheit der Größe des Verbrechens sowohl, als der deshalb wider Inculpaten vorhandenen Anzeigen, das Urthel anfänglich entweder blos auf jene Bedrohung gerichtet, und die würkliche Vollstreckung der angedroheten peinlichen Frage bis zum anderweiten Erkänntniß ausgesetzet, oder selbiges Stuffenweis zugleich auf den Fall, wenn die Bedrohung nichts fruchten sollte, auf den ersten Grad der Tortur und dessen Vollstreckung, und, wenn auch diese ohne Würkung seyn sollte, auf den zweyten Grad der Tortur und dessen Vollstreckung abgefasset werden e).

§. 6.

Dieses eben gedachte Erkänntniß ist um so billiger, als mit der beharrenden Hartnäckigkeit des Inculpatens sein Ungehorsam zunimmt, und dahero, um selbigen zu brechen, geschärftere Mittel vorzukehren sind, zumal da Inculpat durch diese Marter noch nicht zum Bekänntniß der Wahrheit, sondern blos zum Gehorsam auf die Artickel zu antworten, gebracht werden soll. Dahero denn auch die Torturalfrage nicht darauf, ob er bekennen wolle? sondern nur darauf, ob er antworten wolle? oder, Falls er nur dunkel und zweifelhaft bishero geantworet (§. 4), ob er gehörig antworten wolle? oder, ob er eine deutliche und nicht umwundene Antwort ablegen wolle? gerichtet werden muß. Zu welcher Antwort aber Inculpat um so mehr verbunden ist, als ihm, selbige bejahend, oder verneinend von sich zu geben, die Freyheit nicht genommen, und ihm also auch dadurch, daß man ihn zur Antwort vermittelst der Marter zu zwingen suchet, keinesweges geschadet wird.

§. 7.

d) BARTH in *diss. de commin. sub poena confessi et conuicti. cap* 2. §. 2. BOEHMER in *exerc. ad pand. tom. II. exerc.* 24. §. 8.

e) BRUNNEMANN *de proc. inquis. cap.* 8. *memb.* 1. *num.* 79. *seq.* LUDOVICI in peinlichen Proceß, *cap.* 5. §. 13. CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 113. *num.* 58.

§. 7.

Wenn nun gezeigter Masen die Tortur an Inculpaten, um ihn hiedurch zu einer gehorsamlichen Antwort zu bringen, unternommen wird (§. 5), so läst er sich dadurch hierzu entweder bewegen, oder nicht, sondern er beharret auf seiner Hartnäckigkeit, und stehet dabey sogar den zweyten Grad der Marter aus. Ist das erste, und er sollte alles geleugnet haben, so kann, nach anderweiter Versendung der Acten, abermal auf eine Tortur zu erkennen nöthig seyn f). Da denn aber dieselbe nicht als ein Mittel des hervorzubringenden Gehorsams, sondern als ein Erforschungsmittel zu betrachten ist. Wobey es sich zutragen kann, daß der Grad der Tortur, worauf nunmehro zu sprechen, geringer ist, als vorhero derjenige war, wodurch man Inquisiten zur Antwort zu bewegen gesucht hatte. Welches daher rühret, daß der Grad der Tortur, wenn diese als ein Erforschungsmittel gebraucht wird, nur blos von der Beschaffenheit des Verbrechens und der Anzeigen, hingegen der Grad der Tortur, welche man zur Ungehorsamsbeugung anwendet, nicht allein von der Beschaffeuheit des Verbrechens und der Anzeigen, sondern auch zugleich von der Größe der angehaltenen Halsstarrigkeit des Inculpatens abhänget. Da dieser sich es selbst beyzumessen hat, daß er wegen seines hartnäckigen und störrischen Sinnes mit grösserer Schärfe zum Gehorsam gebracht werden müssen.

§. 8.

Sollte dahero, den zweyten Fall belangend, Inculpat durch den erkannten Grad der Tortur noch nicht zur Antwort zu bewegen gewesen, sondern selbiger bey seiner Halsstarrigkeit dem ungeachtet verblieben seyn (§. 7); so ist nicht abzusehen, warum nicht auch sogar mit dem dritten Grad der Tortur wider einen solchen über alle Mase verstockten Inculpaten, nach vorhero deshalb eingehohlten Urthel, verfahren werden könne. Allein man pflegt die Tortur zur Beugung des Ungehorsams, wenn zumal Inculpat schon den zweyten Grad überstanden, nicht leichte annoch in geschärftern Grad an ihn wiederhohlen zu lassen, sondern, Statt dessen, ihn lieber mit einer etwas erhöhetern willkürlichen Strafe zu belegen g).

f) BOEHMER ad CARPZOV. *pract. rer. crim. qu.* 113. *obs.* 10. *num.* 101. BOEHMER ad CARPZOV. *pract. rer. crim. qu.* 113. *obs.* 10.

g) HARPRECHT *Vol. nou. Cons.* 83.

Dieses thut man um so eher, wenn man zum voraus sehen sollte, daß Inculpat, wenn er auch, um die geschärftere Tortur abzuwenden, auf die Artickel antwortete, selbige gänzlich ableugnen, und sodann dennoch, um das Bekänntniß der Wahrheit zu erlangen, kein höherer Grad der Tortur Statt finden, die nämliche Tortur aber an ihn zu wiederhohlen, vergeblich seyn werde.

Die Anwendung der zuvor ausgeführten Rechtssätze enthält folgender

Rechtsfall.

Es kam Lebrecht Knotte, zu Elingen, sowohl wegen dreyer verübten Diebstähle, wovon der erste zu 2 Rthl. 20 gr. der zwote, zu 303 Rthl. 12 gr. nnd der dritte, zu 11 Rthl. von den Eigenthümern beschworen worden, als auch des Verbrechens wegen, daß er zwey Bauerskerl, wie diese ebenfalls eydlich bestärket, auf hinterlistige Art an einen Preußischen Officier verhandelt, in eine Untersuchung. Es wurde deshalb wider ihn in einem Urthel auf die Specialinquisition erkannt. Als man ihm zu deren Abwendung eine Vertheidigung zu führen verstattete, gab er zu erkennen: er verlange keine Defension und würde er auch, man möchte mit ihm anfangen was man nur immer wollte, auf Inquisitionalartickel keinesweges antworten, er liesse sich zu keinen Inquisiten machen.

Der Richter frug bey dem Schöppenstuhl an, auf was Art wider denselben rechtlich zu verfahren sey. Der Schöppenstuhl sprach darauf nach C** im Junius 1774 folgendes

Urthel

Daraus so viel zu befinden: daß wider ermeldten Inculpaten Knotten, dem Urthel *fol. act. 109 seq.* gemäs, mit der Specialinquisition nunmehro zu verfahren, und derselbe unter der Verwarnung, daß er widrigen Falls mit scharfer Frage dazu angehalten werden solle, auf die abzufassenden Inquisitionalartickel zu antworten schuldig. Daferne aber Inculpat sich zur Antwort in Güte nicht bequemen sollte, ergehet wegen würklicher Vollstrekung der angedroheten peinlichen Frage, nach anderweiter Versendung der Acten, was sich zu Recht gebühret. Von Rechts wegen.

Nachdem

Nachdem Inculpaten dieses Urthel eröfnet worden, bleibet er dem ungeachtet bey seiner Hartnäckigkeit, und will durchaus auf die Inquisitionalartikel weder mit Ja, noch mit Nein antworten.

Der Richter sendete dahero abermals die Acten an den Schöppenstuhl mit der Frage: Was nunmehro weiter mit Inculpaten vorzunehmen sey?

Der Schöppenstuhl ertheilte hierauf im Junius 1774 nachstehendes

Urthel

Als uns die wider den Bürger und Ausschuß Tambour Lebrecht Knotten ergangener Untersuchungsacten u. e. F. anderweit zugeschickt, u. d. u. Rb. g. w. d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden, daß Inculpat Lebrecht Knotte nochmals in Güte, jedoch in Beyseyn des mit seinen zur Peinlichkeit gehörigen Werkzeugen versehenen Scharfrichters, zur freywilligen Antwort auf die abgefaßten Inquisitionalartickel, auch, daß er durch deren fernere halßstarrige Verweigerung seinem Leibe keine unnöthige Marter zuziehen möge, ernstlich zu vermahnen und dabey:

ob er auf die abgefaßten Inquisitionalartickel antworten wolle?

zu befragen. Daferne aber gleichwohl Inculpat in Güte nicht antworten sollte, ist er dem Scharfrichter dergestalt zu untergeben, daß dieser ihn möge ausziehen, zur Marterbank führen, die Daumenstöcke anlegen, damit würklich zuschrauben, und solchergestalt den Inquisiten mittelst der Schärfe zur Antwort anhalten. Im Fall er nun zu antworten sich erklären sollte, so ist er sofort, dem Urthel *fol. act. 69. seqq.* gemäs, über die verabfaßten Artickel umständlich zu vernehmen, mit den bereits abgehörten und annoch zu erlangenden, mithin ebenermassen abzuhörenden Zeugen über die verneinten Punkte zu confrontiren, diese auch, in so weit es noch nicht geschehen, gebührend zu vereyden, und alles gehörigen Fleisses niederzuschreiben. Worauf und wenn solches geschehen, Inquisit auch mit seiner Vertheidigung vernommen worden, in dieser Sache ferner ergehet, was

Recht

Recht ist. Da hingegen, Falls Inculpat sich zur Antwort nicht bequemen sollte, ergehet, nach anderweiter Versendung der Acten, ferner was sich zu Recht gebühret. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl Inculpaten, dem vorigen Urthel fol. act. 139. gemäs, ernstlich zugeredet worden, sich über die abgefaßten Inquisitionalartikel vernehmen zu lassen, von seiner bisherigen Hartnäckigkeit abzustehen, Gott und der Obrigkeit die Ehre zu thun, mit der reinen Sprache und Wahrheit herauszugehen, und sich die Sache nicht noch mehr zu verschlimmern, widrigenfals er zu gewärtigen habe, daß er mit scharfer Frage zur Antwort angehalten werden würde; er gleichwohl hierauf erwiedert, er wolle zuförderst wissen, wer ihm was beschuldige, und dieser müsse ihm zuförderst unter die Augen gestellt werden, und was die anverlangte Antwort über die Artikel betreffe, er sich vorhin declariret habe, und sich jetzo nochmalen dahin declarire, daß er nimmermehr darauf weder mit Ja, noch mit Nein antworten würde, man möchte auch mit ihm anfangen, was man nur immer wolle; und, ungeachtet er von Seiten des Amts von seiner übertriebenen Hartnäckigkeit abzustehen und lieber in Güte auf die Artickel zu antworten, als sich durch rechtliche Zwangsmittel darzu anhalten zu lassen, zugeredet worden, dennoch alle Vorstellungen vergeblich gewesen, und Inculpat beharrlich bey seiner Hartnäckigkeit geblieben ist; daß dahero es auch scheinet, als wenn Inculpat durch eine würkliche Vollstreckung der angedrohten peinlichen Frage zur Antwort auf die Inquisitionalartickel nicht zu bringen seyn möchte; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen dürfte:

D. a. u. d. zu Folge des vorigen Urthels, der Senator Christian Gustav Erfurth, nachdem ihm seine Deposition fol. 5. seq und fol. 57 seq. von Wort zu Wort wiederum vorgelesen worden, und er dabey in allen beharret, die ihm gestohlnen und zur Recognition vorgesetzten Sachen als fünf Paar Theetassen, auf 1 Rthl. 16 gr. zwey silberne Theelöffel, auf 1 Rthl. die auf Silber Art verfertigte zinnern Salzmeste, auf 4 gr. und also zusammen auf 2 Rthl. 20 gr. dem Werthe nach ästimiret und fol. act. 168 beschworen; ingleichen des Rathsdiener Wiegleb seine Aussage fol. 1 *b* seq. und fol. 32 *b* seq. wegen des ihm im Jahr 1772 gestohlnen Beutels mit Gelde zu 300 Rthl. und der zwey Seitengewehr, nebst dieser

dieser ihrem Werthe, auf 3 Rthl. nebst ein Paar Stiefelstrümpfen, auf 12 gr. nachdem ihm solche von Wort zu Wort wieder vorgelesen worden und er in allem dabey beharret, ebenfalls fol. act. 163 beschworen; ferner der stumme Caspar Bernhard Schenke das fol. act. 14 seq. von ihm unterschriebene Protocoll fol. act. 168 bis 176 eydlich bestärket; nicht minder der Kaufmann Brand zu Greußen, wegen der iuxt. fol. act. 2 *b* ihm gestohlen seyn sollenden Taschenuhr fol. act. 156 *b* seq. vernommen worden, und derselbe diesen seinen erlittenen Diebstahl, ebenermasen mit Anzeigung des Werthes dieser Uhr, zu 11 Rthl. fol. act. 160 eydlich bekräftiget hat; und hiedurch sowohl die Gewisheit der geschehenen Diebstähle berichtiget, als auch der Verdacht wider Inquisiten, daß er sothane Diebstähle verübet habe, zumal da er auch schon selbst davon den Erfurthischen Diebstahl fol. act. 106 seq. eingestanden, sattsam begründet ist, und selbiger überdem dadurch, daß er, auf die Inquisitionalarticke zu antworten hartnäckig sich weigert, noch weiter vermehret wird h); daß dahero bey diesen so schweren Verbrechen, von welchen der Wieglebische Diebstahl alliene 303 Rthl. 12 gr. beträgt, wider Inculpaten, wegen der Halßstarrigkeit im Nichtantworten, wenigstens mit dem ersten Grad der Marter, um ihn dadurch zwar noch nicht zum Bekänntniß der Wahrheit, sondern nur zur gehörigen Antwort zu bewegen, verfahren werden kann i), zumal da Inculpat auch dadurch, daß er auf die Iquisitionalartickel zu antworten ohne alle rechtmäsige Ursache aus blosser Hartnäckigkeit sich weigert, zugleich wegen des beschuldigten Verbrechens, daß er Kühnen und Frankenhäusern auf listige Art an einen Preusischen Officier verhandelt, sich noch mehr verdächtig macht, bevorab da Kühn solches, wie Inculpat selbst vorhero, iuxt. fol. act. 124, zufrieden gewesen, fol. act. 100 beschworen, und auch Frankenhäuser den wichtigen Umstand, daß, als er und Kühn von Inculpaten nach Kleinfürt in die Schencke geführet worden, ein Preusischer Officir Inculpaten hinausgerufen, und ihn: sind das die beyden Kerls, die du mir zu liefern versprochen hast? gefraget, Inculpat solches mit Ja beantwortet habe, fol. act. 31 *b* mittelst Eydes bestärket hat; und also, daß Inculpat vorhero, dem Preusischen Officier die beyden Kerls zu liefern, sich demselben verbindlich gemacht haben müsse, sich

h) DAN. MOLLER *lib.* 2. *semest.* 25. CARPZOV *part.* 3. *qu.* 113. *num.* 57.

i) CARPZOV *qu.* 113. *num.* 156. *seq.* LUDOVICI in peinlichen Proceß, Cap. 5. §. 13. BRUNNEMANN *de proc. inquis. cap.* 8. *m.* 1. *num.* 79. *seq.* BOEHMER *in exerc. ad pand. exerc.* 24. *cap.* 2. §. 6.

sich deutlich zu Tage leget; daß dahero Inculpat auch dieserhalb bey dem wider ihn streitenden redlichen Verdacht, wegen seines beharrlichen Ungehorsams und der von ihm nicht geachteten Verwarnung, nunmehro gar wohl zur Antwort auf die Inquisitionalartickel vermittelst der Marter genöthiget werden kann, und, in wie weit solches etwas fruchten werde, erst abzuwarten stehet: So ist demnach, wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

Wider Vermuthen übernimmt Inculpat den ihm zuerkannten Grad der Tortur, und hält ihn auch ganz gelassen aus. Dahero er denn auch auf seiner Hartnäckigkeit im Nichtantworten wie zuvor beharrete. Es entstand also weiter die Frage: was nunmehro wider diesen verstockten Menschen anzufangen? Sollte man ihn mit mehrerer Schärfe angreifen, und auf den zweyten Grad erkennen, oder sollte man ihm gleich sein Endurtheil sprechen? An und vor sich betrachtet würde man ihm durch das Erkänntniß auf den zweyten Grad der Tortur nicht zu viel gethan haben, ungeachtet die ihm angeschuldigten Diebstähle mit dem Menschenverkaufe diesen Grad der Tortur nicht hervorgebracht haben dürften, wenn dereinsten wider ihn auf die Tortur als ein Erforschungsmittel hätte erkannt werden sollen. Denn warum war er ohne alle Ursache so überaus ungehorsam. Er konnte, ohne sich zu schaden, auf die Artickel wenigstens verneinend antworten. Da er nun aber auf gar keine Art sich zu einer Antwort verstehen wollte, so mochte er es seiner eigenen Halsstarrigkeit zuschreiben, wenn man wider ihn, um seinen bösen Sinn zu bändigen, mit größerer Schärfe verfahren hätte. Allein es wurde doch, nach anderweiter Versendung der Acten, nunmehro darauf zu sprechen, von dem Schöppenstuhle für bedencklich gehalten. Man achtete es um so billiger zu seyn, in dieser Sache nunmehro, den vorliegenden Umständen nach, gleich ein Endurthel zu ertheilen. Welches nach C * * am 27sten August 1774 folgender Masen abgefasset worden.

Als Uns die wider den Bürger und Ausschußtambour Lebrecht Knotten ergangenen Untersuchungsacten sub A. B. und C. anderweit zugeschicket u. d. u. R. B. g. w. d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden, daß Inculpat, Lebrecht Knotte, des von ihm begangenen und eingestandenen Erfurthischen Diebstahls und des gegen sich habenden Verdachts eines begangenen *plagii* und verübter mehrerer Diebstähle, auch seiner in Verwei-

Verweigerung der Antwort auf die Inquisitionalartickel bewiesenen großen Halßstarrigkeit halber, nach abgeschworner Urphede, des Landes auf ewig zu verweisen, oder, Statt dessen, wenn dasiger Orten die Gelegenheit darzu vorhanden, mit zweyjähriger Zuchthaußarbeit und dem Willkommen zu bestrafen. Es ist auch derselbe die auf diese Untersuchung verwandten Unkosten zu entrichten verbunden. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe

Obwohl 1) Inculpat den Erfurthischen Diebstahl begangen zu haben fol. 106 seq. act. sub A eingestanden, und 2) der stumme Caspar Bernhardt Schenke fol. 14 seq. eor. act. zu erkennen gegeben, daß, als er des Inculpatens Lade durchsuchet, er darinne, ausser den dem Senator Erfurth zugehörigen Theetassen und silbernen Löffeln, zwey Seitengewehre gesehen habe, wovon das eine, welches in einer schwarzen ledernen Scheide gesteckt, eine gebogene Klinge, in Form eines Husarensäbels, mit einem messingernen Gefässe und eckigtem Biegel gehabt, an welchem Gefässe ein lederner Riemen, welcher eingewickelt gewesen, mit einer Quaste gehangen, und, Statt des Knopfes, die Figur eines Moppelhundes Kopfs gewesen, das andere Seitengewehr aber die Form eines Hirschfängers mit einer geraden in einer braun ledernen Scheide gesteckten Klinge und einem messingernen Gefässe, an welchen eine halbe Muschel gesessen, gehabt hätte, und beyde Seitengewehre unten an der Scheide mit einem langen messingernen Ohrbande eingefaßt gewesen wären; ferner eben dieser Schenke in der Beylade eine silberne Uhr mit einer silbernen Kette, und unter der Beylade in der Lade einen Beutel mit Gelde, worinne 300 Rthl. gesteckt, liegen gsehen; der Rathsdiener Wiegleb aber, daß ihm ein Beutel mit Gelde, an die 300 Rthl. an Werthe, ingleichen zwey Seitengewehre, welche, in Ansehung der von Schenken davon gemachten Beschreibung, mit den seinigen vollkommen übereinkämen, gestohlen worden wären, fol. 153 act. sub A. beschworen hat; ingleichen der Kaufmann Brand, daß ihm eine Taschenuhr 11 Rthl. an Werthe, gestohlen worden, fol. 160 eor. act. eydlich erhärtet hat; ingleichen 3) Inculpat wegen des plagii sich verdächtig gemacht zu haben, fol. 18 *b* act. sub B selbst gestehet, auch fol. 124 eor. act. freywillig zu erkennen gegeben hat, daß, wenn Kühn und Frankenhäuser den Umstand, daß er sie verkauft habe, eydlich bestärken könnten, er dafür leider seyn wollte; solche eyd-

liche Bestärkung aber von Kühnen fol. 10 und von Frankenhäusern fol. 131 *b* eor. act. sub B geschehen ist; und überdem 4) Inculpat seine Halsstarrigkeit, nicht auf die Inquisitonalarticke l zu antworten, so gar so weit getrieben, daß er deshalb, iuxt. fol. 5 seq. act. sub C. den ersten Grad der Tortur an sich vollstrecken lassen; mithin daß Inculpat, wo nicht mit mehrerer Schärfe zur Antwort zu bringen, doch mit einer härtern Strafe, als der ewigen Landesverweisung, zu belegen, und also, daß anders, als geschehen, zu erkennnen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. ad 1) die dem Senator Erfurh gestohlnen Sachen Theils wiedererlangt sind, Theils, ihrem beschwornen Werthe nach, iuxt. fol. 168 act. sub A. nur 2 Rthl 20 gr. betragen, sodann ad 2) zwar der stumme Schenke das fol. 14 seq. act. sub A. von ihm unterschriebene Protocoll fol. 168 seq. eor. act. eydlich bestärket hat, jedoch dessen Angeben dadurch einiger masen zweifelhaft wird, daß derselbe einen Grund woher ihm, daß das in Inculpatens Lade gesehene Geld eben 300 Rthl. gewesen, wissend sey, und, daß er das Geld gezählet habe, ingleichen, in was für Münzsorten solches bestanden, nicht mit angezeiget; solches auch in in einem Beutel gewesen seyn soll, hingegen Wiegleb, daß die 300 Rthl. nicht in einem, sondern vier Beuteln gesteckt, und Theils in alten Speciesthalern, Theils in Conventionsmünze uud etwas Golde bestanden hätten, fol. 32 *b* act. sub A ausgesaget; sowohl der Kaufmann Brand, daß die ihm gestohlne Taschenuhr eine silberne gewesen, nicht zu erkennen gegeben; dabey auch dieser Unterschied vorkommt, daß, nach der Aussage dieses Brands fol. 159 act. sub A, an solcher seiner Uhr eine stählerne Kette und silbernes Pettschaft befindlich gewesen, die Uhr hingegen, welche Schenk in des Inculpatens Lade gesehen haben will, eine silberne Uhr mit einer silbernen Kette gewesen ist; solchemnach wider Inculpaten, dieser Deuben halber, nur ein Verdacht vorhanden ist; welcher zwar dadurch vermehret wird, daß Inculpat nicht von dem besten Leumuth ist, indem er den Erfurthischen Diebstahl, nachdem er zuvor deshalb iuxt. fol. 37, 90 seq. 92 und 98 act. sub A viele Lügen vorgebracht, selbst bekannt und iuxt. fol. 110 eor. act. zwar zu erkennen gegeben, daß er alles, was ihm bis daher beygemessen worden, gestehen, und mit der reinen Sprache herausgehen wolle, weil er bis daher das fürstliche Amt mit lauter Unwahrheit hintergangen und belogen, dennoch aber nachhero wieder zurück gehalten, und ausserdem, iuxt. fol. 30 und 33 act sub B. mit andern Leuten

Leuten einen verdächtigen Umgang gepflogen hat, anbey aber dennoch der wegen des Wieglebischen und Brandischen Diebstahls vorhandene Verdacht, da solcher blos auf der Aussage eines einzigen Zeugens beruhet, nach Anleitung des 23sten Artickels der Carolinischen Halßgerichtsordnung, vor genugsam erwiesen, sich nicht halten läst; wie denn auch ad 3) Inculpat, in Ansehung des plagii, die beschworne Aussage des Kühns und Frankenhäusers nachhero iuxt. fol. 137 *b* act. sub B. nicht wider sich gelten lassen wollen, also auch hierunter noch keine völlige Gewißheit vorhanden ist, und ad 4) wegen des Inculpatens Halsstarrigkeit im Nichtantworten auf die Inquisitionalartickel zu einer geschärftern Marter zu schreiten um so bedenklicher ist, als zum voraus abzusehen, daß, wenn er auch allenfalls zur Antwort bewogen werden sollte, er dennoch, allem Vermuthen nach, alles ableugnen wird; sodann aber wider ihn den ersten Grad der Tortur zum Erforschungsmittel zu gebrauchen, vergeblich seyn würde, weil er diesen, iuxt. fol. 8 *b* act. sub C. schon gelassen, ohne daß er ihn stark afficiret, ausgehalten hat; auf einen größern Grad aber alsdenn zu erkennen, die Anzeigen bey den Verbrechen, obausgeführter Masen, nicht stark genug sind; es auch nicht gewöhnlich ist, die Tortur zur Strafe des Ungehorsams, wenn der Inculpat selbige bereits überstanden, annoch in geschärftern Grad an ihm zu wiederhohlen, sondern der fortdaurende Ungehorsam alsdenn nur seine Strafe vermehret, daß dahero Inculpat wegen seines eingestandenen Diebstahls, und als ein der Dieberey und des Menschenverkaufs höchst verdächtiger auch boshafter und gegen seine Obrigkeit und vorgesetzten äusserst wiederspenstiger Mensch, die ewige Landesverweisung gar wohl verdienet hat: So ist demnach wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

CXXX.

Urthel

nach W** in May 1771.

Von der wider eine verdächtige Kindermörderin erkannten Tortur.

Als uns die wider Rosinen Charlotten Schopfin und August Franckenbergern ergangenen Inquisitionsacten, in zween Stücken, so wohl was erstere zu ihrer Vertheidigung in Schriften übergeben, nebst einer

Frage zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, d. s. w. v. R.

Daraus so viel zu befinden: Hat ermeldte Inquisitin Rosine Charlotte Schopfin, nachdem sie summarisch und artickelsweise vernommen worden, in Güte bekannt und gestanden, daß sie mit dem Unterofficier August Frankenbergen am andern Weynachts Feyertage des 1769sten Jahres Unzucht getrieben, wovon sie schwanger geworden, und 9 Wochen vor Michael des darauf folgenden 1770sten Jahres, an einem Dienstage, nemlich am 24ten Julius, ohne Jemandes Beyseyn, indem ihr Vater nicht zugegen, ihre Mutter aber in der Kirche gewesen, früh Morgens, ein wiewohl unzeitiges und nicht gelebtes Kind dergestalt zur Welt gebohren, daß, als sie einen großen Feldkessel mit Wasser in der Küche von dem Dreyfusse, worauf er am Feuer gestanden, in der Absicht, solchen auf den Saal zu tragen und das Wasser über die Wäsche zu giessen, herunter gehoben, es einen großen Platz in ihrem Rücken gethan, und, wie sie zu waschen angefangen, ein Stückgen geliefertes Geblüte von ihr gegangen, wobey ihr so übel geworden, daß, als sie wieder in die Küche zurückgegangen und sich an die Wand gelehnet, anfänglich einiges Blut von ihr geschossen, darauf aber ein Kind von ihr gegangen und auf die Backsteine in der Küche hingepatscht, auch noch mehreres Geblüthe hinter drein gekommen, welches Kind sie in ein Stück Pappier gewickelt und solches unter den Kleiderschrank gestecket, hierauf aber, folgenden Donnerstag über acht Tage, oder, nachdem es vom Dienstage an, bis die andere Woche auf den Donnerstag, darunter gelegen, dasselbe gegen Abend, nachdem sie vorhero noch ein paar Bogen Pappier darum gewickelt und mit Bindfaden zusammen gebunden, unterm Hospital zum Asbach in die Ilm geworfen,

ad art. inquis. 21, 22, 51, 58, 65, 74, 80, 81, 86, 94, 98, 107, 108, 109, 116, 118; und iuxt. fol. 12. seqq. act. sub B.

ohne daß ihr vorhero, die Leibesfrucht abzutreiben oder umzubringen, in den Sinn gekommen, noch daß sie, das Kind, wenn selbiges zur Welt kommen würde, heimlich wegzuschaffen, den Vorsatz gefasset haben will.

ad art. inquis. 37, 90 und 94.

Wird nun aber Inquisitin beschuldiget, daß das am 11ten September 1770

1770 nicht in der Ilm, sondern in dem Burggraben zu Weimar gefundene Kind

iuxt. fol. 1. act. sub A.

das ihrige sey; welches sie aber nicht auf sich kommen lassen will.

ad art. inquis. 130 und 131.

Ob nun wohl zur Vertheidigung der Inquisitin angeführet wird I) daß es ungewiß sey, ob das im Burggraben gefundene Kind gelebet habe, gestalten, nach dem viso reperto fol. 3. act. sub A, eines Theils die Lunge nicht alleine, sondern mit dem Herz aufs Wasser geworfen worden, andern Theils selbige schon etwas von der Fäulniß angegangen und von der Luft etwas aufgelaufen gewesen; daß dahero selbige aus diesen Ursachen, und nicht weil das Kind bey seiner Geburt schon Luft geschöpfet und also gelebet, auf dem Wasser geschwommen; so wohl aus dem erlangten Grad der Fäulnis dieses Kindes nicht sicher zu schliessen, daß das Kind, wie im viso reperto angegeben werden wollen, wenigstens 4 Wochen im Wasser müsse gelegen haben, anerwogen das Wasser in dem Burggraben stehend wäre, stehendes Wasser aber von der Luft und Sonne wärmer und hiedurch die Fäulnis eher befördert würde, daß sich solche auch wohl in 8 Tagen ereignen könnte; sodann, weil, iuxt. registr. fol. 1th act. sub A, der Körper durch die Fäulniß schon ganz schwarz geworden, unmöglich eine Sugillation zu bemerken gewesen; auch das Kind in der Geburth gequetscht und erstickt worden seyn könnte; nicht minder die Besichtigung, dem art. 149 der peinlichen Gerichtsordnung Carl des Vten zuwider, ohne Beyseyn des Richters und der Schöppen geschehen wäre; ferner II) das in dem Burggraben gefundene Kind nicht von der Inquisitin gebohren seyn könnte, gestalten eines Theils dieses Kind, nach dem viso reperto fol. 3. act. sub A, männlichen Geschlechts, an Nägeln und Haaren zeitig und vollkommen, stark von Gliedmassen und gut genähret, selbiges auch zusamt der Nachgeburth und 3 grossen Steinen in einem zwillignen Sack gestecket, hingegen das Kind, welches Inquisitin gebohren und in die Ilm geworfen, kaum sieben Monath alt und in Pappier ohne Nachgeburth und Steinen gewickelt und mit Bindfaden umwunden gewesen; überdem III) Inquisitin über das gebohrne Kind nicht böse geworden seyn will, sondern vorgiebet, daß, weil sie einen Vater darzu gehabt, sie sich, wenn es zeitig gewesen, darüber vielmehr gefreuet haben würde;

ad art. inquis. 38 91 uud 171.

mithin,

mithin, daß auf kein zur Ergründung der Wahrheit dienendes Mittel zu erkennen, sondern wider Inquisitin, in Mangel mehrern Verdachts, weiter nichts vorzunehmen und selbige der Haft hinwieder zu entledigen sey, dafür gehalten werden will:

D. a. u. d. Inquisitin einen starken Verdacht, daß sie das im Burggraben gefundene Kind gebohren und ums Leben gebracht habe, wider sich hat, masen 1) dieselbe, als vorhero das Gerichte gegangen, daß sie schwanger sey, und sie darüber von dem Burgermeister zur Rede gesetzt worden, die Schwangerschaft geleugnet; und dieses Leugnen nachhero damit, daß solches aus Furcht vor ihrem Vater, welcher sehr hart sey und gleich mit Todschlagen drohe, geschehen sey, entschuldigen wollen;

fol. 1 *b* 7 *b* und 8 act. sub B.

gleichwohl ihr Vater, seinem eigenen Geständniß nach, darum gewußt, daß der Corporal Frankenberger mit ihr seit einem Jahre Umgang gehabt;

fol. 42 *b* act. sub A.

derselbe aber, wenn er so hart wäre, wie Inquisitin vorgeben will, es schwerlich verstattet haben würde; 2) Inquisitin, nachdem das Kind im Burggraben gefunden worden, von der verpflichteten Hebamme sich nicht recht visitiren lassen, und selbiges nachhero blos damit, daß es aus Schaam geschehen, entschuldigen wollen;

fol. 5 *b* und 8 act. sub B

3) dieselbe, nach ihrer Arretirung bey dem ersten Verhör am 20sten September 1770 vorgegeben, daß sie ohngefehr seit drey Monathen mit dem Unterofficier Frankenbergern in Unehren, wovon sie schwanger geworden, zu thun gehabt hätte;

fol. 7 *b* act. sub B

gleichwohl sie am 24ten Julius eben des Jahres, ihrer nachherigen Aussage nach, das Kind bereits gebohren gehabt;

ad art. inquis. 69 und 74

und jene ihre Unwahrheit mit dem nichtigen Vorwande, sie habe gedacht sie wäre wieder schwanger, weil Franckenberger sie nicht zufrieden gelassen, und sie habe sich auch vor ihre Mutter, welche mit auf dem Rathauße gewesen, gefürchtet, auch gedacht, sie würde damit durchkommen,

kommen, blos zu beschönigen gesucht; 4) sie gegen die Kindmuhme Lieberin, wie diese eydlich bestärket, gestanden, daß sie ihr Kind vierzehen Tage im Hauße verborgen gehabt;

fol. 9 *b* act. sub B fol. 105 *b* Vol. sub A.

hingegen nach der Zeit, sowohl bey dem summarischen als artickulirten Verhör, daß sie ihr Kind nur 10 Tage unter dem Schranke liegen gehabt und am 10den Tage in die Ilm geworfen habe, vorgegeben;

fol. 18 *b* Vol. sub A. und ad art. inquis. 109.

5) dieselbe eben dieser Kindmuhme die Umstände, es wäre ein unzeitig Kind gewesen, es habe keine Nägel gehabt, es müsse ein Mädgen gewesen seyn, denn ein Junge müsse etwas ganz anderes haben, gemeldet;

frl. 106 Vol. A.

hingegen, nach ihrem anderweitigen Vorgeben, das Kind nicht angesehen haben will, und doch gestehet, daß es ganz blau gewesen, als sie es eingerappet:

ad art inquis 57

6) die Kindmuhme fol. 107 *b* act. sub A beschworen, daß, als sie Inquisitin visitiret, deren Leib so ausgedehnt gewesen, daß man ihn zusammen wickeln oder über einander legen können, und sie dahero ein groses vollkommenes Kind gehabt haben müsse;

fol. 5 *b* Vol. B. und fol. 107 Vol. A

diese Beschreibung des Kindes auch mit der in dem viso reperto fol. 3 Vol. A. befindlichen Beschreibung übereinstimmet; so wohl eben diese Kindmuhme bey gedachter Visitation der Inquisitin wahrgenommen, daß aus den Brüsten der Inquisitin eine gelbliche Milch, wie bey Weibern, so die Kinder gewöhnet, gegangen sey;

fol. 5 *b* act sub B

7) nach eben dieser Kindmuhme am 21sten September 1770 geschehenen und nachhero eydlich bestärkten Dafürhalten, der Inquisitin Niederkunft, um deswillen, weil der Muttermund noch offen und niedrig gewesen, und die Reinigung noch gegangen, nicht länger als 5 Wochen seyn können;

fol. 9 *b* Vol. B fol. 106 Vol. A.

von 21sten September aber 5 Wochen zurückgerechnet, die Niederkunft ohngefehr am 14den August und zwar an einen Dienstage geschehen wäre;

 so

so wohl, nach der am 28sten September geschehenen beschwornen Aussage der in der Inquisitin Eltern Hauße mit wohnenden Müllerischen Eheleute, vor 4 oder 5 Wochen, an einem Dienstage oder Freytage, des Nachts über dieser Eheleute ihrer Stube ein starker Lerm, der auf 2 Stunden lang gewähret, gewesen ist, worauf des Morgens der Inquisitin Vater, daß seine Tochter, die Inquisitin, die Nacht sehr krank gewesen und bald gestorben wäre, gesaget hat;

fol. 29 *b* und 33 Vol. B.

der Tag vor fünf Wochen aber vom 28sten September zurückgerechnet, in dem 21sten August, und zwar ebenfalls in einem Dienstage, bestehet; sodann, nach der ebenfalls am 28sten September geschehenen und beschwornen Aussage der Deckertin, einer Tochter jetzterwehnter Müllerischen Eheleute, und welche ebenfalls mit in dem Hauße wohnet, sothaner Lärm vor 5 oder 6 Wochen, des Nachts über ihrer Stube in der Inquisitin Eltern ihrer Stube und Cammer auch Saale des Nachts von 10 Uhr bis früh gegen 3 Uhr, da der Wächter abgerufen, durch ein starkes Getappe und hin und wieder gehen, gewesen ist;

fol. 32 Vol. B

vom 28sten September aber, 6 Wochen zurückgerechnet, eine mit der obigen Aussage der Kindmuhme übereinstimmende Zeit, nämlich der 14de August herauskommt; nicht minder, nach dem viso reperto fol. 3 Vol. A und der Registratur fol. 1 *b* Vol. A, die Section des im Burggraben gefundenen Kindes am 11ten September geschehen, und dabey, daß dieses Kind wenigstens 4 Wochen, folgbar bereits seit dem 11ten August im Wasser gelegen, angemerkt wird; Inquisitin aber, ihrem eigenen Geständniß nach, ihr Kind bereits am 24ten Julius gebohren, und 10 Tage, oder wie sie anfänglich gegen die Kindmuhme vorgegeben, 14 Tage hernach ins Wasser geworfen haben will; folgbar solches ebenfalls im August, an einem der vorhin bemerkten Zeit sehr nahe kommenden Tage, geschehen ist; endlich 8) Inquisitin den zuvor erwehnten nächtlichen Lärm bey der mit den Müllerischen Eheleuten und der Deckertin angestellten Confrontation, zwar leugnen wollen, jedoch zugleich solche Ursachen beygefüget, welche nicht für gegründet gehalten werden können, indem sie angeführet, es müsse solcher Lärm entweder darinne, daß sie ihrer Gewohnheit nach, gar viele Nächte bis um 12 Uhr aufbliebe und sich noch Essen und Trinken hohle, oder, daß damals ein Ständgen gewesen und sie aufgestanden

gestanden wäre, bestanden haben; allein das erste um deswillen, weil der Lärm ungewöhnlich gewesen, und so lange gedauret, daß die Müllerischen Eheleute dafür nicht schlafen können, und das andere um deswillen, weil damals kein Ständgen gewesen, nicht seyn kann;

fol. 113 115 und 119 vol. A.

auch Inquisitin nicht eher, als nach diesem nächtlichen Lärm abscheulich ausgesehen;

fol. 120 *b* in fin. seq. Vol. A.

und selbst der Inquisitin Vater, der von diesem nächtlichen Lärm gleichfalls nichts wissen will, zwar vorgegeben, daß um diese Zeit der Klarinetist Lerp früh um 1 Uhr, um eine Leiche zu tragen, zum Hauße hinausgegangen wäre,

fol. 45 *b* Vol. B

dieses Vorgeben aber, weil Lerp erst nachhero, da das Kind im Burggraben schon gefunden worden, nämlich am 16den September die Rosenhahnin des Nachts hintragen helfen,

fol. 55 und 119 Vol. A.

für ungegründet zu halten ist; und der Umstand, welchen der Vertheidiger wider die beschworne Aussage der Müllerischen und Deckertischen Eheleute anführen wollen, daß nämlich diese Eheleute dergleichen Erzählung den Schopfischen Eheleuten oder der Inquisitin Eltern aus Haß nachsagten, durch die Aussage ad art. 8 9 10 und 11 rot. sub) fol. 207 seq. act. sub A. völlig aus dem Wege geräumet wird; hierzu nun auch noch 9) kommt, daß sonst keine Weibesperson wegen des in den Burggraben geworfenen Kindes verdächtig, und kein Kind in der Ilm gefunden worden ist; hiernächst die Zweifelsgründe belangend, die ad I) angeführten Umstände allen Falls bey künftigen Erkänntniß auf eine Strafe, nicht aber schon dermalen in Betracht zu ziehen, sondern durch das von der Inquisitin erlangte Bekänntniß der Waheit zuvor genauer in ein Licht zu setzen sind; sowohl wie ad II) und III) wegen der zuvor ausgeführten Entscheidungsgründe, dem blossen Vorgeben der Inquisitin wegen ihres zur Welt gebrachten Kindes, in der Mase, wie sie solches bis jetzo eingekleidet, kein Glaube beyzulegen ist, sondern, weil, nach dem viso reperto fol. 3 Vol. A, das im Burggraben gefundene Kind lebendig und gliedmässig gewesen, und wider Inquisitin, zumal da sie ihr Kind heimlich getragen, ihre Schwangerschaft verheelet und heimlich gebohren, auch

das gebohrne Kind bey Seite geschaft, ob ausgeführten Gründen nach, des Kindesmords, wegen des in dem Burggraben gefundenen Kindes, sehr verdächtig ist, und, weil sie solches leugnet, nach Vorschrift der Karolinischen peinlichen Gerichtsordnung Art. 35, 36 und 131 mit der peinlichen Frage zum Bekänntniß der Wahrheit angehalten werden muß:

So ist derowegen Inquisitin nochmals in Gutem, jedoch in Beyseyn des mit seinen zur Peinlichkeit gehörigen Werkzeugen versehenen Scharfrichters, zum Geständniß der reinen Wahrheit, auch, daß sie durch ferneres halsstarriges Leugnen ihrem Leibe keine unnöthige Marter zuziehen möge, ernstlich zu vermahnen, und dabey über nachfolgende Artickel:

1) Ob nicht Inquisitin um die Mitte des Augusts des 1770sten Jahres ein Kind zur Welt gebohren?

2) Ob nicht ihr Vorgeben, als ob sie ihr Kind 9 Wochen vor Michael besagten Jahres, den 20sten Julii gebohren habe, falsch und erdichtet sey?

3) Ob nicht das von ihr gebohrne Kind an Nägeln und Haaren zeitig und vollkommen an Glidmasen gewesen?

4) Ob es nicht männlichen Geschlechts gewesen?

5) Ob es nicht gelebet?

6) Woran sie dessen Leben gemerket?

7) Ob nicht Inquisitin vor, bey, oder nach der Geburth den Vorsatz gefasset, ihr Kind zu tödten?

8) Ob sie nicht selbiges würklich getödtet habe

9) Auf was Art sie die Tödtung des Kindes zu Werke gerichtet?

10) Ob sie nicht selbiges aus Vorsatz getödtet habe?

11) Ob sie nicht sonst Schuld an dessen Tode sey?

12) Auf was Art?

13) Wohin sie ihr todtes Kind gebracht?

14) Ob sie nicht solches in einen zwillichenen Sack mit Hinzuthuung dreyer Steine gesteckt, und solcher Gestalt in den Burggraben geworfen, oder durch Jemand anders werfen lassen?

15) Ob

15 Ob nicht das am 11ten September des vorigen Jahres in dem Burggraben in einem zwillichenen Sacke gefundene Kind würklich das ihrige sey?

16) Ob nicht also ihr Vorgeben, daß sie ihr Kind an dem Gebersdorfischen Wege in die Jlm geworfen, falsch und erdichtet sey?

17) Ob ihr hierbey Jemand beyräthig gewesen, oder Hülfe geleistet?

18) Wer solches gewesen? und

19) Worinnen dieser Rath und Hülfe bestanden?

20) Was ihr sonst noch allenthalben von diesem Verbrechen bewußt?

zu befragen. Daferne aber Jnquisitin nichts destoweniger auf ihrem Leugnen halsstarrig verbleiben sollte: so ist sie dem Scharfrichter dergestalt zu untergeben, daß er sie mag auskleiden, zur Leiter führen, die zur Peinlichkeit gehörigen Jnstrumente vorzeigen, die Daumenstöcke anlegen und damit würklich zuschrauben, auch, da dieses nicht fruchtet, mit den Banden zuschnüren, jedoch daß es bey dem, wie jezt gedacht, verbleibe, und vor dieses mal wider sie weiter nichts vorgenommen werde; wobey Jnquisitin über obige Artickel nochmals alles Ernstes zu befragen. Jm Fall sie nun solchergestalt zum Bekänntniß der reinen Wahrheit gebracht, auch ihre Aussage und wie sie sich dabey geberdet, mit allem Fleiß zu den Acten verzeichnet worden, so ist ihr solche, des andern oder dritten Tages hernach, ausser dem Orte der Peinlichkeit, sowohl im Beyseyn der Gerichtspersonen, artickelsweise hinwiederum vorzulesen, und alles hierbey vorkommende mit gebührendem Fleiße niederzuschreiben. Worauf und wenn solches geschehen, Jnquisitin auch mit der Vertheidigung gehöret worden, nach anderweiter Versendung der Acten, ihrer Bestrafung halber, und sonst ferner ergehet, was Recht ist. Uebrigens werden die *fol. 66 act. sub A* liquidirten Gerichtsgebühren auf 15 fl. und die *fol. 210 cor. act.* auf 16 fl. hiermit billig gemässiget. V. R. W.

CXXXI.
Rechtliches Gutachten
nach D** im Februar 1767.
Von peinlichen Unkosten.

1) Nach den gemeinen beschriebenen Rechten ist die Obrigkeit, welcher die Obergerichte zuständig, bey dem Inquisitionsproceß in solchen Fällen, da der Inquisit mit Erstattung der Unkosten zu verschonen, oder aber dieselben aus Armuth und Unvermögen abzutragen nicht vermag, die Unkosten Amts halber zu tragen schuldig, ohne daß die Unterthanen selbige zu übernehmen verbunden sind.

2) Wenn, vermöge einer Gewohnheit, die Unterthanen die peinlichen Kosten zu tragen haben, so ist selbige sehr eingeschränkt auszulegen, und also weder von einem Fall auf den andern, noch von einer Person auf die andere, noch von einem Ort auf den andern zu erstrecken.

3) Die Unterthanen, welche, schlechthin zu den peinlichen Unkosten verbunden zu seyn, zugestehen, dennoch aber, selbige in gewissen vorkommenden Fällen zu übernehmen, sich nicht schuldig erachten, müssen die Einschränkung darthun, da hingegen die Obrigkeit, welche sich auf eine ihnen von den Unterthanen abgeleugnete Gewohnheit, die Inquisitionsunkosten fordern zu können, gründet, den Satz, daß es in ihren Gerichten durch einen beständigen Gebrauch und über rechtsverwährte Zeit auch unverbrüchlich also gehalten worden, wie recht, zu erweisen hat.

4) Bey einem vorhandenen Zweifel sind die peinlichen Unkosten allein von dem Fall, wenn der Inquisit an Leib und Leben bestraft wird, zu verstehen, und dahero auf den Fall, da die Rechtfertigung oder Execution der Strafe würklich nicht erfolget, keinesweges zu deuten, obschon der Inquisit zu einer gewissen Leibes- oder Lebensstrafe verurtheilet, ihm diese aber aus sonderbarer Gnade des Regenten erlassen worden wäre. Dahero wenn die Unterthanen von der Erstattung der Centkosten in Fällen, da der Inquisit das Leben nicht verwürket hat, frey sind, so ist diese Freyheit auch auf den Fall, wenn demselben das Leben geschenkt und

und er von höchster Landesherrschaft begnadiget wird, zu erstrecken.

5) Die Unterthanen des Gerichtszwanges, oder die Centunterthanen, sind, nach den gemeinen oder sächsischen Rechten, zur Erbauung und Erhaltung des Galgens, der Gefängnisse, Torturgewölbe oder Marterkammern und der Gerichtsstuben die Kosten zu tragen, oder auch einen Kostenbeytrag zu leisten, nicht verbunden, wenn sie gleich, vermöge besonderer Gewohnheit, die zur Execution der Uebelthäter nöthige Kosten herzugeben schuldig seyn sollten.

6) Den Beamten wird ihre Mühe, welche sie bey dem Inquisitionsproceß angewendet, durch die Besoldung, worinne sie stehen, vergüthet, und sind die Centunterthanen, vermöge besonderer Gewohnheit, gleich zu den eigentlich peinlichen Unkosten verbunden, so kann ihnen doch, ohne vorgängigen der Beamten rechtlichen Beweiß, die Abstattung der peinlichen Proceßkosten, oder Amts, Gerichtsgebühren nicht aufgebürdet werden.

7) Die Unterthanen, wenn sie auch, vermöge einer beständigen Gewohnheit zu den peinlichen Unkosten im Inquisitionsproceß verbunden, sind dennoch selbige in dem Fall, da in andern Gerichten von ibren Gerichtsherrn inquiriret wird, bey ermangelnder besondern Gewohnheit, zu entrichten nicht schuldig; jedoch haben sie die Centfolge zu leisten und sind die auf die Einziehung und Inhaftirung eines Uebelthäters aufgelaufenen Kosten zu bezahlen pflichtig, wenn die Ubelthat auf einem centbaren Grunde verübet und begangen worden ist.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung, nebst sieben Fragen zugeschicket, und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, d. s. w. v. R.

Hat, nach der Endschaft einer eben so weitläuftigen, als kostbaren Untersuchung über eine zur Haft gebrachte Diebesbande, wovon im Jahr 1754 drey Mannspersonen am Leben gestraffet, zwey Weiber aber mit Staupenschlägen des Landes ewig verwiesen worden, das fürstliche Amt K * * den diesfalsigen Vorschuß der fürstlichen Renterey zu Atzungs- Reise- Vertheidigungs und andern Kosten, woruuter auch die Aufrich-

Aufrichtung eines neuen Galgens begriffen war, nicht weniger die auf den ganzen Proceß aufgelaufenen Gerichtsgebühren, von den dasigen Centunterthanen einzutreiben sich bemühet. Haben aber diese Centunterthanen, daß sie, ausser dem Falle, da ein auf unstrittigen Centboden ergriffener unvermögender Verbrecher mit dem Leben büsset, einige Kosten zu bezahlen nicht schuldig, solchemnach wenigstens mit denjenigen, die auf die vorhingedachten ausgepeitschten zwo Streicherinnen gegangen, zu verschonen wären, dargegen vorzuschützen gesucht. Ist darauf diese Sache an hochfürstliche Regierung zu E** gediehen, welche, nach eingegangenen Amtsberichte, mit Beytreibung der letztern Kosten Anstand zu nehmen, erstere aber einzubringen, im Jahr 1758 befohlen, und zugleich diese Streitigkeit zu rechtlicher Ausführung verwiesen hat. Ist dabey nun zwar ausser Streit, daß die höchste Landes- und Centherrschaft dergleichen Aufwand alsdenn, wenn ein ausser dem Amtscentsprengel betretener und zur Haft gebrachter Verbrecher, es mag derselbe am Leben oder nur am Leibe gestraft werden, solchen selbst zu tragen ausser Stand ist, übernimmt, und daß, im Gegentheil, die centpflichtigen Unterthanen alsdenn, wenn ein auf unstrittig centbaren Boden ergriffener unbemittelter Verbrecher mit dem Leben büsset, der Wacht, Atzungs- Urthels- und Hinrichtungskosten sich niemals weigern. Stehen aber doch dieselben bey diesem Rechtshandel in den Gedanken, daß sie weder die ihnen angesonnenen Amts und Gerichtsgebühren, noch den auf die Errichtung der Zeichen peinlicher Gerichtsbarkeit gehenden Aufwand in keinem Fall, noch auch die Bewachung der Gefangenen zu dem Fall, wenn ein auf centbaren Boden ergriffener unbemittelter Verbrecher nicht mit dem Leben büsset; zu entrichten schuldig, noch auch die Kosten solcher Untersuchungen, die ein in unleugbarem Centsprengel ergriffener Verbrecher, der mehr als eine Leibesstrafe nicht verdienet, und das Leben nicht verliehret, zu bezahlen verbunden wären. Ist ihnen aber von Seiten des K** heimischen Amtsfiscus eine im herzoglichen Archiv zu W** aufbehaltene Beschreibung des Amts K** vom Jahr 1659 mit verschiedenen andern Gründen entgegen gesetzt worden. Entstehen dahero folgende Fragen:

1) Ob die Centpflichtigen Unterthanen des Amtes K**, wegen gedachter Amtsbeschreibung vom Jahr 1659 und der übrigen von dem Fiscus wider sie angeführten Gründe, alsdenn, wenn der Verbrecher auf unstrittiger Cent ergriffen wird, zum unge-

messenen Abtrag aller und jeder Centkosten, ohne Unterschied, das Verbrechen mag capital oder nicht capital seyn, verbunden? oder

2) Ob sie nicht vielmehr nur sodann, wann dergleichen unbemittelter Verbrecher eine Lebensstrafe verdienet und damit würklich beleget wird, zu Erstattung dieser Kosten gehalten, in jedem andern und besonders in dem Falle hingegen, wenn ein unvermögender Missethäter das Leben nicht verwürket hat, sondern blos am Leibe gestraft wird, damit überhaupt, folglich auch mit der Wacht zu verschonen, mithin, ob die Centunterthanen so viel ausgeführet, daß sie bey der diesfalsigen natürlichen und hergebrachten Freyheit zu schützen sind? auch

3) Ob, auf die angeführten Gründe in dieser Sache, sogleich ein Endurtheil erfolgen könne, oder, ob zuförderst auf Beweiß zu erkennen seyn dürfte, und, im letztern Fall, wer, und ob nicht der Fiscus, solchen zu übernehmen schuldig sey?

4) Ob, wenn die Unterthanen von Erstattung der Centkosten in Fällen, wo der Inquisit das Leben nicht verwürket, frey sind, dieses auch auf den Fall, wenn demselben das Leben geschenkt und er von höchster Landesherrschaft begnadiget wird, zu erstrecken sey? Nicht weniger

5) Wer, und ob nicht, bey vorliegenden Umständen, die Centherrschaft und deren Fiscus den auf Erbauung und Erhaltung der Hoch- und Blutgerichtszeichen gehenden Aufwand schlechterdings alleine zu tragen haben? Ingleichen

6) Ob die Centunterthanen wider die vorhandenen höchsten und hohen Befehle, in ein oder andern, und in welchem Fall, den in Besoldung stehenden Beamten einige Amts- oder Gerichtssporteln zu entrichten verbunden? Endlich

7) Wer, ob der Fiscus, oder die Centunterthanen, die Untersuchungskosten in dem Falle, da ein unbemittelter und am Leben zu bestraffender Verbrecher, auf einem, in Ansehung der peinlichen Gerichtsbarkeit, zwischen gnädigster Landes und einer auswärtigen Herrschaft strittigem Platze eingezogen und nach B * * zur Haft gebracht wird, zu tragen schuldig sey?

Ob nun wohl, die erste und zweyte Frage belangend, von Seiten des Fiscus angeführet wird:

1) daß der Landesherrschaft in dem Amte K * * eine uneingeschränkte Centgerichtsbarkeit, welche nicht nur auf Hals, sondern auch auf geringere Verbrechen gehe, zustünde;

2) daß die Cent von den centbaren Grundstücken abhange, mithin der diesfalsige Kostenabtrag eine dingliche und jedem Besitzer obliegende Beschwerde sey;

3) daß eine im herzoglichen Archive zu W * * aufbehaltene Beschreibung des Amts K * *, vom Jahr 1659, nicht weniger ein vom dasigen Beamten, auf Befehl chur- und fürstlicher sächsischen Hennebergischen gemeinschaftlichen Regierung zu Meiningen, vom 6ten März gedachten Jahres, unterm 8ten desselben Monats, erstatteter Bericht ausdrücklich die Worte: in peinlichen Sachen müssen die Unterthanen die Kosten tragen: mit dem Zusatze: in Hexereysachen aber werden solche von der Malefizpersonen Vermögen, und wo dergleichen nicht vorhanden, von den Unterthanen getragen! enthalten wären; welche Nachrichten desto glaubhafter seyn müßten, als darauf im Jahr 1660 die Vertheilung der Hennebergischen Lande erfolget, und nicht zu vermuthen sey, daß bey einer so wichtigen Angelegenheit, wo alle Amtsgerechtsame dergestalt verzeichnet werden sollen, daß in der Landesvertheilung die genaueste Gleichheit beobachtet werden können, der Beamte etwas werde angegeben haben, daß er hernach nicht gewähren mögen; folgbar der Fiscus, wegen Zuverlässigkeit dieser Urkunden, wenn ja allen Falls nach der Zeit von den Beamten aus einer Unwissenheit dargegen verstossen und in Untersuchungen geringerer Verbrechen die Centkosten von den Unterthanen nicht beygetrieben worden, dennoch dargegen wiederum in vorigen Stand zu setzen seyn dürfte;

4) daß in den Amtsrentereyrechnungen bis zum Jahr 1660 nicht einmal die Rubric der Ausgabe auf nothpeinliche Rechtfertigungen anzutreffen wäre; solchemnach daraus, daß, wenigstens bis zu gedachtem Jahre hin, der angeführten Amtsbeschreibung nachgegangen und von den centpflichtigen Unterthanen alle und jede Untersuchungskosten ohne Unterschied bezahlet worden, abzunehmen stünde;

5) daß das unstrittig Hennebergische, jetzt dem fürstlichen Hauße Sachsen Coburg Meiningen besonders gehörige Amt, Sand, sowohl als

das

das Amt Fischberg, sich dieser Beschwerde völlig unterzögen, und nicht nur in dem ebenfalls Hennebergischen Amte Bennshaußen, wenn der Verbrecher unvermögend, die gesammten Centverwandten die Unkosten tragen müßten, sondern auch die Unterthanen der gleichmäsig Hennebergischen Aemter, Wasungen und Maßfeld, der Herrschaft jährlich etwas gewisses dafür, daß der Fiscus die vorkommenden Centkosten über sich nähme, zu erlegen pflegten;

6) daß die K * * heimer Centverwandten die Untersuchungskosten, in jedem Falle, zu verschiedenen malen, als a) im Jahr 1682 in einer, angeschuldigter Hexerey halber, über Margarethen Grobin, zu Oberweyd, die doch in Ermangelung anderer stärckerer Anzeigungen der Haft wieder entlassen worden, erkannten Inquisition, nicht weniger b) in der über den, Dieberey halber, zum Strange verurtheilten, nachhero aber von höchster Landesherrschaft, begnadigeten Jülich Fischer, zu Unterweyd, im Jahr 1698, verhängter Untersuchung, auch c) von dem Processe des, überführter Fälschung halber, im Jahr 1737 mit Staupenschlägen des Landes auf ewig verwiesenen Johannes Witts, würklich bezahlet hätten;

7) daß also der Fiscus in dem Besitze der Erhebung dergleichen Kosten, so wie Gegentheils die Unterthanen in einer unbezweifelten Verbindlichkeit, solche abzutragen, sich auch schon um deswillen befänden,

8) daß gnädigste Landesherrschaft bereits am 19den Junius 1730 und am 17den April 1731 gemessenst befohlen: daß, weil der Landschaft obläge, die Kosten zu gemeiner Sicherheit anzuschaffen, es in Zukunft mit den Inquisitionskosten, so auf Untersuchung und Bestrafung der Verbrecher nothwendig verwendet werden müßten, nach dem Exempel anderer benachbarten Lande, dergestalt zu halten, daß, so oft im Amte K * *, nach Erheischung der Rechte, besonders der peinlichen Halßgerichtsordnung, wider einen Delinquenten die Inquisition anzustellen, der Vorschuß der hierzu erforderlichen Kosten zwar von der Landschafts Casse einstweilen geschehen, zu Ende des Jahres aber, nach dem Steueranschlage, die Repartition unter die Unterthanen gemacht, nach Proportion 1 oder ¼ Steuer angesetzt, gleich andern Steuern eingefordert, und der Abgang in der Casse wider ersetzet werden solle; dargegen im Falle, da der Inquisit bemittelt, die Kosten von demselben hergegeben werden, auch sodann der Beamte und übrige Gerichtspersonen ihre taxmäsige Gebühren zu geniesen haben, bey unbemittelten Inquisiten aber, die Arbeit ex officio thun, auch die Unterthanen sodann die Wiederersetzung der Kosten

zu suchen, ausser in Fällen, da die Inquisiten an fremde und benachbarte Orte ausgeliefert würden, wobey gleichermasen die Kostenersetzung geschähe, nicht befugt seyn, diese Constitution aber von Zeit der dabey zu bemerkenden Publication vim legis haben solle; sondern auch

9) daß hochfürstliche Regierung, unterm 21sten März 1753, rescribiret, weil die Gemeinden allerdings schuldig, ihre Dorfschaften von dem herumvagirenden liederlichen Gesindel rein zu halten, und dessen Aufhebung und Bestrafung zu der Unterthanen Sicherheit gereiche, so wären selbige, in vorkommenden Fällen, zu Bezahlung der aufgewandten Kosten anzuhalten; welche höchste und hohe Befehle die Unterthanen desto mehr, weil sie den Gemeindeschultheißen gehörig bekannt gemacht worden wären, verbinden müßten; ausserdem

10) daß der Nahme der Centverwandten wohl nichts geringeres, als daß dieselben für andern Unterthanen etwas zur Cent zu leisten hätten, bedeuten könnte; und

11) daß dieses, ohne einigen Unterschied der Verbrechen und deren Bestrafung, nichts anders, als der Abtrag aller und jeder Untersuchungskosten sey, sich schon aus der alljährlich unweigerlichen Abgabe der Centbrode an den Landknecht begreiffen liesse; endlich

12) daß, nach diesem allen, die Unterthanen nicht nur zur Wacht bey den Gefangenen in jedem Centfalle, sondern auch zur Entrichtung der jedesmaligen Amts und Gerichtsgebühren sowohl, als zu Erstattung des zu Erbauung der Blutgerichtszeichen nöthigen Aufwandes um so mehr verbunden wären, weil dieses alles zu den Centkosten und Beschwerden gehöre, und besonders die Amtsgebühren mehrmahls gefordert, und sowohl im Jahr 1682 von der oberwehnten, num. 6) a) Grobischen Untersuchung, als von der in der Geschichtserzählung gedachten großen Inquisition, wenigstens was die drey am Leben gestraften Jauner verursachet hätten, bezahlet worden wären; folgbar die Absicht der Beamten hierunter um so mehr gegründet sey, wenn man erwäge, daß die Untersuchungen meistens sehr mühsam wären, weswegen öfters einträgliche Arbeiten zurückgesetzet werden müßten, und diesemnach der Beamte, wenn er von Untersuchungen nichts haben sollte, an seinen sonstigen Einkünften leiden würde; mithin, daß, dieser sämtlichen Gründe wegen, die centpflichtigen Unterthanen des Amtes K** alsdenn, wenn der Verbrecher auf un-

strittiger

strittiger Cent ergriffen wird, zum ungemessenen Abtrag aller und jeder Centkosten, ohne Unterschied, das Verbrechen mag capital oder nicht capital seyn, verbunden wären, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d. derjenige, welcher zu etwas verpflichtet seyn soll, dazu entweder unmittelbar aus einem geschriebenen oder ungeschriebenen Gesetz, das ist, aus einer rechtlichen Gewohnheit, oder, wo beydes nicht vorhanden, aus einer entweder erlaubten, oder unerlaubten Handlung, nämlich aus einem Vertrage, oder Verbrechen, die Verbindlichkeit auf sich haben muß; der letztere Grund der Verbindlichkeit aber bey dermaligen Streite von selbst wegfällt, und auf den andern, nämlich den Vertrag, sich keiner von beyden Theilen beziehet; folgbar es, bey vorliegenden Fragen, blos auf die geschriebenen Gesetze, oder hergebrachte Gewohnheit ankommt; in Erwägung der geschriebenen Gesetze aber, weder in der Hennebergischen Landesordnung, so Quärent als ein dasiges Landesgesetz anführet, noch in der peinlichen Gerichtsordnung Kayser Carl des Fünften den Unterthanen die Darreichung des so genannten Henkergeldes oder die Bezahlung der Unkosten zu der peinlichen Rechtfertigung auferleget wird, masen die Hennebergische Landesordnung part. 4. cap. 1. pag. 222 nur dieses: alle Unkosten, so über die maleficige und Todtschlägere laufen, sollen, wie von Alters Herkommen, gehalten und bezahlet worden, nach Gewohnheit einer jeden Zent: anbefohlen worden ist; sodann gedachte Carolinische peinliche Gerichtsordnung, wenn sie von Bezahlung der peinlichen Unkosten redet, nirgends den Unterthanen, daß diese solche tragen sollten, gedenket, sondern selbige, wenn der Uebelthäter unvermögend, der Obrigkeit aufbürdet k); eine gleichmäsige Vorsehung auch hievon in der Churfürstlich Sächsischen Landesordnung vom Jahr 1555 tit. von Unkosten der peinlichen Rechtfertigung §. Würden sie aber vers. So sollen unsere Aempter, oder diejenigen, so Obrigkeit haben, solche Unkosten selbst tragen, und die Uebertretung, nach Ordnung der Rechte, peinlich strafen lassen, iunct. §. Welches auch jedes Ampt oder derjenige, den die Obrigkeit zustehet, auf den Fall thun soll, da keine Klägere vorhanden, und die That offenbar: anzutreffen ist; solches auch der in den bürgerlichen Rechten bestätigten natürlichen Billigkeit, nach welcher derjenige, so Vortheil von einer Sache hat, auch die damit verknüpften

k) Sieh Halsger. Ordn. Carl des Fünften *art.* 47. 61. 154. 219.

knüpften Beschwerden übernehmen muß, gemäß ist l), angesehen die Obrigkeit die Nutzungen der Gerichtsbarkeit und die Strafgelder, oder Geldbussen, ohne daß die Unterthanen etwas erhalten, einhebet, auch überdem derselben zu Bestreitung des bey dem Inquisitionsproceß nöthigen Aufwandes nicht nur die bona vacantia oder erblosen Güter m), sondern auch diejenigen, welche Jemanden als derselben unwürdig entzogen werden n), dem Fiscus zuwachsen, und sonst auch der Obrigkeit, zu dem Ende, Schoß, Steuren und andere Abgaben, damit der Fiscus vermehret und die Gerichtsbarkeit wider die Verbrecher davon gebührender Masen ausgeübet werden möge, entrichtet werden o); nicht minder von Quärenten, daß in dem Amte K** der herrschaftliche Fiscus die Centnutzung und Strafgelder erhebe, angeführet wird; sodann die Obrigkeit weil ihr, die Missethäter gebührlich zu strafen und das Böse aus dem Wege zu räumen, Amtshalber oblieget p), und sie darneben wegen Ausübung der hohen Gerichtsbarkeit eine vorzügliche Ehre geniesset, auch den dabey erforderlichen Aufwand, Kraft ihres tragenden Amts, mit ihren eigenen Kosten billig bestreitet q); daß derowegen die Unterthanen um desto mehr die Vermuthung der natürlichen Befreyung von den peinlichen Inquisitionsunkosten für sich haben; dieserhalb nun auch die bewährtesten Rechtslehrer, daß in solchen Fällen, da der Inquisit mit Erstattung der Unkosten zu verschonen, oder aber dieselben aus Armuth und Unvermögen abzutragen nicht vermag, die Obrigkeit, welcher die Obergerichte zuständig, bey dem Inquisitionsproceß die Unkosten Amtshalber zu tragen schuldig sey, und also die Unterthanen vermöge gemeiner beschriebenen Rechte dazu nicht verbunden wären, einhellig behaupten r); hiernächst, die Gewohnheit betreffend, Quärent zwar

l) *l. 10. D. de reg. iur. l. 49. D. ad leg. Falcid. l. 23.* ad *Sct. Trebell. l. 22. §. pen. C. de furt.*

m) Sächs. Landr. *lib. 1. art. 28.* IO. SCHNEIDEWEIN *ad tit. Instit. de hered. quae ab intest. def. tit. de succ. fisci num. 9.* MATTH. STEPHAN. *de iurisd. imper. rom. lib. 2. par. 1. cap. 7. memb. 1. num. 229. seqq.*

n) *lib. 34. tit. 9. D. de his, quae vt indignis auferuntur.* CARPZOV in *pract. rer. crim. qu. 138. num. 45.*

o) *Nou. 149. cap. ac fine vers. impossibile.* IO. BODIN. *lib. 6. de republ. cap. 2.*

p) *l. 13. D. de officio. praesidis.*

q) arg. *l. 18. D. de oper. libert. l. 1. C. de aquaed.* IO. SICHARD in *l. 1. num. 3. seq. C. de negot. gest.* et in *l. 11. num. 7. seq. C. de testib.* CARPZOV in peinlich Sächsisch. Inquisitions- und Achtsproceß *tit. 14. art. 2. §. 2. not. 4.*

r) PARIS de PVTEO tract. *de syndicat.* verb. *Expensae cap. 2. num. 1. 2.* CARPZOV in *pract. rer. crimin. part. 3.*

qu.

zwar so viel, daß wenn ein auf unstrittig centbaren Boden ergriffener unvermögender Verbrecher mit dem Leben gebüsset, die centpflichtigen Unterthanen der Wacht- Atzungs- Urthels- und Hinrichtungskosten sich niemals geweigert hätten, anführet, bey andern Fällen und Kosten aber, daß die centpflichtigen in dem Besitze der Freyheit sich befänden, gedenket, masen der Fiscus in verschiedenen Fällen, wo unvermögende Verbrecher im Centsprengel ergriffen, am Leben aber nicht gestraft worden wären, oder dasselbe nicht verwürket hätten, jedesmal die Kosten getragen hätten; in mehrerm Betracht, a) daß, vor dem Jahr 1660 und der Theilung der Hennebergischen Lande, den Centunterthanen kein einziger Fall, in welchem sie, unter obigen Bestimmungen, die Untersuchungskosten getragen hätten vorgeleget werden könnte; sodann, nach der Zeit, b) daß, als im Jahr 1689 einiges Gesindel, so des Ehebruchs und der Fälschung verdächtig gewesen, zu K** betreten und daselst zur Haft gebracht, auch nachgehends mit Staupenschlägen des Landes ewig verwiesen worden, der Beamte in dem diesfalls an Hochfürstliche Regierung zu E** erstatteten Berichte, um Beschleunigung nöthigen Befehles aus dem Grunde, damit dem Fiscus, zur Beschwerung, auf das lose Pact nicht allzuviel Kosten verwandt werden dürften, gebethen, und, auf den diesfalls eingegangenen Befehl, die Atzung, das Botenlohn, Urthelsgeld, Licht und Holz von dem Fiscus, an Amtsgebühren hingegen nicht mehr, als das Wenige, was die Inquisiten bey sich gehabt, bezahlet worden wäre; c) daß, als im Jahr 1698 Jülich Fischer zu U**, verübter Dieberey halber, in Untersuchung gekommen und von dem Jenaischen Schöppen zum Strange verurtheilet,

qu. 138. *num.* 39. *seq.* et plures ibi allegati PET. HEIGIUS *part.* 2. *qu.* 23. *num.* 3. THOENNIKER *aduoc. prud. in foro criminali*, *cap.* 16. *num.* 35. Frölich de Frölichsburg in *commentar.* in die peinliche Halßgerichtsordn. *lib.* 4. *tit.* 18. *num.* 4. HARPPRECHT in *decis. crim. XVI. num.* 11. *pag.* 125. BERGER in *oec. iur. lib.* 4. *tit.* 33. §. 4. *num.* 13. BESOLD in *thes. pract. tom. II*, voc. Hencker oder Herdgeld *pag.* 324. LEYSER *spec.* 86. *med.* 8. et *spec.* 90. *med.* 11. PUFENDORF *de iurisdict. germ. par.* 2. *sect.* 2. *cap.* 2. §. 42. *seq. pag.* 259. ROTHER in peinlichen Proceß, *cap.* 18. §. 40. HEIL in *iudice et defens. cap.* 8. §. 9. BEIER in diss. *de expensis executionum criminalium, cap.* 3. §. 12 *et* 20. IUST. HENN. BOEHMER diss. *de expensis criminalibus cap.* 1. §. 4. *et cap.* 3. §. 14. in EIUSD. *Exercit. ad Pand. tom.* 6. *exerc.* 98. *pag.* 320. ENGAU in *elem. iur. crim. lib.* 2. §. 384. et in *decis. part.* 3. *decis.* 178. *num.* 3. Beck von der Obergerichtsbanck B. 1. C. 27. O. 1. KOCH in *instit. iur. crim.* §. 999. Meckbach in Anmerk. über Kayser Carl des Iten Peinl. Halßger. Ordn. *art.* 154. *pag.* 302.

urtheilet von höchster Landesherrschaft aber dahin, daß er eine Zeitlang in Ketten und Banden arbeiten sollte, begnadiget, auch zu seiner Hinrichtung, das Holz zum Galgen angefahren worden, und man den Galgen, ob es gleich dessen in diesem Begnadigungsfalle nicht bedürfte, dennoch heben und aufrichten lassen wollen, die fürstliche Regierung hierüber an den Beamten, sich hierzu der Tagelöhner, Tiroler, Schäfer, Hirten, und anderer dergleichen unangesessener Leute, gegen Reichung eines billigen Lohnes, zu bedienen, rescribiret und der Beamte darauf mit dergleichen Leuten ein ordentliches Geding getroffen hätte, selbigen der Lohn, nach desfalls vorhandenen Verzeichnissen und Rechnungen, von dem Fiscus und aus den herrschaftlichen Einkünften bezahlet, auch als man anfänglich die dasigen Leineweber zur Hebung des Galgens nöthigen wollen, diese aber sothaner Arbeit sich geweigert, und dadurch einen Briefwechsel mit verschiedenen Hennebergischen Aemtern, um zu erfahren, wie es dieserhalb da und dort gehalten werde, veranlaßt, und solchergestalt einige Kosten verursachet hätten, der baare Verlag, auf fürstlichen Regierungsbefehl, von dem Fiscus bezahlet, die Amtsgebühren aber, wie bereits in der Fischertschen Untersuchungssache geschehen, abgestrichen worden wären; d) daß, als im Jahr 1694 Leonhardt Schramm, weil er falsch Geld ausgegeben und unter die Leute gebracht, zu K** in Untersuchung gerathen, und mit Staupenschlägen des Landes auf ewig verwiesen worden, der Beamte, unter Anführung, daß vermöge der K**heimischen Amtsobservanz in diesem Fall die Atzungskosten, Urthelsgeld, Wächter- und Bothenlohn, auch des Nachrichters Gebühren, der Fiscus zu tragen haben würde, und die centpflichtigen Unterthanen aus angeführten Gründen sich dieser Kosten weigerten, bey hochfürstlicher Regierung, wie es in Ansehung der Kosten gehalten werden sollte? angefraget, selbige den baaren Vorschuß des Beamten und den übrigen Aufwand in Amtsrechnung zu verschreiben, rescribiret hätte; e) daß, als in eben dem Jahre Catharina Wölffin, zu U**, mit ihrer Tochter und Schnur, bey dem Amte K** deshalb, daß sie einem boshaften Mörder zur Flucht geholfen, in Untersuchung gekommen, dasjenige, was von den desfalsigen Kosten von den Inquisiten nicht bezahlt werden können, auf fürstlichen Regierungsbefehl, in Amtsrechnung gebracht und folglich von dem Fiscus übertragen worden wäre; f) daß, als im Jahr 1720 einiges liederliches Gesindel, wegen angeschuldigten K**heimer Amthaus Diebstahles, auf dasigen Dorfschaften zur Haft gebracht, und mit Staupenschlägen des Landes ewig verwiesen worden, und die diesfalsigen Kosten beygetrieben werden sollen,

sollen, der Beamte dahin, daß, weil die Inquisiten unvermögend wären, von dem Fiscus oder der Landschaftscasse die Kosten billig zu übernehmen wären, den Bericht erstattet hätte; g) daß, als im Jahr 1721 eine in den K**heimer Amtsdörfern, Fr** und P** aufgebrachte Zigeunerbande theils mit Brandmarkung, theils mit Prügeln des Landes verwiesen worden, die Kosten, so wohl von dieser als von der vorigen Untersuchung, nur von dem Amtsfiscus vorgeschossen, und, auf höchste Befehle, der Landschaft, welche sie an den Fiscus wieder ersetzen, dieser aber an fürstliche Renthcammer einschicken sollen, zwar zugerechnet, dennoch aber selbige von den Centunterthanen, wenn gleich dazu von den in die Landschaftscasse von ihnen entrichteten Steuren, die doch, dieser Untersuchung halber, nicht vermehret worden, etwas mit verwendet worden seyn möchte, nicht als Centverwandten bezahlet worden wären; h) daß, als im Jahr 1755 Heinrich Weider, zu N**, einem zur K**heimer Cent gehörigen Dorfe, Dieberey halber, des Landes verwiesen worden, und, einige Jahre vorher, eine Weibesperson, zu E**, einfachen Ehebruchs halber, in Untersuchung gekommen, man in keinem dieser Fälle die Kosten, ob gleich die Verbrecher selbst nichts in Vermögen gehabt, von den Unterthanen verlangt hätte; i) daß, nach der Zeit, kein Fall, da den Centverwandten alsdenn, wenn der Verbrecher das Leben nicht verwürcket gehabt, der Untersuchungsaufwand angesonnen worden wäre, sich vorfindete; k) daß die eben so lange als ununterbrochene Reihe kaum angeführter ähnlicher Fälle, die Freyheit der Unterthanen von den angesonnenen Centbeschwerden desto mehr bewährte, als deren althergebrachter, fast hundertjähriger, solchemnach über doppelt verjährter s) so wohl, als neuerlicher Besitz, von fürstlichen Centamte selbst anerkannt worden wäre, gestalten es unterm 15den April 1758 an fürstliche Regierung folgendes, nämlich, die Schuldheißen hätten sich der Kosten, ausser in Capitalfällen, immer geweigert; ferner, man fände in den Nachrichten des Amtsarchivs, daß der Fiscus diese Kosten etliche mal tragen müssen; ingleichen, weil die Unterthanen neuerliche actus für sich hätten, daß sie die Centkosten, ausser Capitalfällen, nicht getragen, so müßten sie wohl dermalen dabey gelassen werden, bis der Punct ausgemacht, berichtet hätte; l) daß so gar fürstliche Regierung diese und vorhin für die Centunterthanen angeführten Gründe für wichtig genug gehalten, dem Amte die unter-

s) Vid. MASCARD *de probat.* C. 384. n. 6. 7.

unternommene Beytreibung den wegen der in der Geschichtserzählung gedachten auf unstrittigen Centboden ergriffenen und im Jahr 1754 mit Staupenschlägen des Landes ewig verwiesenen Streicherinnen, aufgelaufenen Kosten und des Aufwandes zu untersagen, und daß auch das fürstliche Amt, ohne weitere Vorstellung, sich dabey beruhiget und an den vorgehabten Beytrieb nicht weiter gedacht hätte; solchemnach nun auch die Zweifelsgründe, welche von Seiten des Fiscus den Centunterthanen gemacht werden, dieser ihren Besitz der Freyheit von den Untersuchungskosten, wenn die Verbrecher mit dem Leben nicht büssen, noch nicht gänzlich zu entkräften scheinen, anerwogen

ad 1) von Quärenten dem Vorgeben des Fiscus, daß der Landesherrschaft im Amte K** eine uneingeschränkte Cent zustehe, widersprochen, und, daß solche in Ansehung des Bezirks so wohl, als der Verbrechen, begränzet wären, da nicht nur in den beyden Amtsortschaften Fr** und P** die vier hohe Rügen dem fürstlich Würzburgischen Amte Fl** gehörten, sondern so gar in dem Flecken K** selbst nur 14 Höfe centpflichtig wären, angeführet wird; sodann aus dem Grunde

ad 2) sich füglich der Satz, daß die Centunterthanen zu einem ungemessenen Abtrag aller und jeder Centkosten, ohne Unterschied des Verbrechens, verbunden wären, nicht folgern läßt, masen, wenn die Cent von den centbaren Grundstücken abhänget, nur so viel, daß alle und jede Besitzer derselben, centpflichtig sind, sich daraus ergiebet; ferner

ad 3) Quärent von beyden Urkunden, daß solche sichtbare Mängel hätten, anmerket, masen dabey ein darinne zwar angegebener aber nicht beygelegter Aufsatz der Hennebergischen Räthe, nach welchem, an uncentbaren Orten, die Herrschaft die Untersuchungskosten trüge, ermangelte, ingleichen dabey die unumgänglich nöthige Nachricht, auf wessen Befehl, durch wen, aus welcherley Urkunden, und zu welcher Zeit sie verfertiget, auch, ob sie schon höhern Ortes genehmiget worden, fehlte; selbige auch darinne, daß alle Unterthanen des Amts K**, bey den jährlichen Gerichten erscheinen sollten, wozu doch in dem Stadtflecken K** nur wenige centpflichtige Köpfe, die Fr** und P** Unterthanen aber gar nicht verbunden wären, eine offenbare Unrichtigkeit, wodurch sie, zumal im vorliegenden Falle, wo der Fiscus ohne dieß alle rechtliche Vermuthung wider sich hätte, alle Beweißkraft verlöhre, in sich enthielte, und überhaupt diese Nachricht allenfalls auf das blose Zeugnis eines Beamten, der sie etwa verfertiget hätte, und der in der Sache gleichsam

eine Parthey wäre, und ohnehin nur über solche Dinge, die vor ihm ausgeführet worden, Glauben verlangen könnte t), sich gründete; welchen Glauben die blosse Verwahrung in dem herzoglichen Archive zu W**, sothaner Amtsbeschreibung nicht verschaffen möchte; sowohl der allgemeine Ausdruck: in peinlichen Sachen müssen die Unterthanen die Unkosten tragen: wegen der dabey ermangelnden genauern Bestimmungen, in was für peinlichen Sachen, von was für Unterthanen, und von was für Unkosten solches zu verstehen, diese Nachricht mangelhaft machte u); eine gleiche Bewandniß es auch mit obangezogenem Berichte hätte, angesehen derselbe in Abwesenheit des Beamten von einer unbekannten, und weder unterschriebenen, noch sonst bezeichneten, jedoch, dem Vermuthen nach, von einer Amtsperson abgefasset und erst nachhero von dem Beamten dessen bey der Amtsbeschreibung befindliche Abschrift unterzeichnet worden wäre; sodann selbst aus diesen mangelhaften Pappieren sowohl, als aus einer bey dem Fürstlichen Amte K** befindlichen Sammlung von Nachrichten des Jahrs 1615 bis 1753, woher in diesem Amte die Inquisitionskosten zu erheben, der Umstand, daß selbige der Fiscus in mehrern Fällen übernehmen müsse und würklich übernommen habe, sich zu Tage legte; ferner in einer von fürstlicher Regierung, zu M**, am 17den September 1615 gegebenen Centordnung, die sich aber unter diesen Nachrichten nur in einer mangelhaften Abschrift befände, ein merklicher Unterschied in dem Anschlage der Gerichtsgebühren, wenn solche die Herrschaft, und wenn sie die Centverwandten trügen, da, in letzterm Fall, sie weit höher, als in ersterm, stünden, gemacht würde; desgleichen in einem aus fürstlicher Regierung, zu M**, vom 13den April 1656 herrührenden Interimsentwurfe der Gebühren in peinlichen Fällen und Executionen in Hexereysachen, folgender Anhang: daß es mit dieser Interimsverordnung alleine dahin gemeinet sey, wenn von des Maleficanten Vermögen die Kosten abgestattet werden sollen, im Fall aber der Maleficanten Vermögen nicht hinreichet, sondern die Herrschaft solche zu tragen, sey, ausser des Scharfrichters Gebühr, der Centordnung nach zu gehen, also, daß solcher Rest oder Hinterstand der Gerichtsgebühren, nach dem Tax der Centgerichtsordnung, wenn solche Herrschafts wegen abzustatten, moderiret werden müssen, und jede Gerichtsperson gegen den vorigen oder ersten Tax ihr etwas

t) BERGER in *oecon. iur. lib.* I. *tit.* I. §. 19. *n.* 6. 7.

u) ENGAV *de librorum quos* Erbbücher *dicere solemus, forma cet.* §. 46. *seq.*

etwas abdehen zu lassen haben werde: anzutreffen sey; weiter, unter eben diesen gesammleten Nachrichten, bey Gelegenheit der durch eine über die so genannte Geißkäthe verhängte Untersuchung, verursachten Kosten, der Umstand: wenn der Inquisitin Vermögen nicht anreicht, so wird auf so viel der fürstlich gnädigsten Herrschaft zukömmt, nur der halbe Theil wie bräuchlich, bezahlt: mit angemerckt zu finden wäre; sodann, wenn auch, uneingestandenen Falls, nach der angeführten Amtsbeschreibung und Bericht, die Centunterthanen zum Abtrag aller und jeder Untersuchungskosten ohne Unterschied jemals verbunden gewesen, dennoch diese Verbindlichkeit lediglich auf die Zeiten vor der Vertheilung der fürstlich sächsischen Hennebergischen Lande einzuschränken und nicht auf nachherige Zeiten und Fälle auszudehnen seyn würde, bevorab da bey einer so wichtigen Veränderung auch leichte in Ansehung der Centkosten etwas ausgemacht und diesfals eine Einrichtung, zum Vortheil der Unterthanen, beliebet, und, wenn dieses auch gleich nicht ausdrücklich geschehen, dennoch durch Nachsicht, bey mehrern Fällen, den Unterthanen, zu einer Freyheit in dem erforderlichen Zeitraume zu gelangen, verstattet worden seyn könnte, indem es merkwürdig sey, daß, seit gedachter Landesvertheilung, mit welcher die bis dahin in die K** heimer Cent gehörig gewesenen Dorfschaften S** und B** zum fürstlich Meiningischen Antheile und an das Amt Maßfeld gekommen, das K**, heimer Erbcentgrafenamt, welches bis dahin das Grimmische Hauß, zu K** von der gefürsteten Grafschaft Henneberg zu Lehn getragen, eingezogen, und die damit verknüpft gewesene jährliche ansehnliche Nutzung dem Fiscus zu K**, zugeschlagen worden wäre; welches wahrscheinlich mehrere Veränderungen bey der Cent und vielleicht auch in Ansehung der Kosten nach sich gezogen haben könnte; dieses alles aber auch den Centunterthanen nicht entgegen stünde, Theils, weil sie dadurch den Satz, daß vor der Vertheilung der Hennebergischen Lande die Unterthanen sämmtliche Untersuchungskosten getragen, keinesweges einräumten, Theils, weil sie, nach der Zeit, nur in Capitalfällen, und wenn ein auf unstrittig centbaren Boden ergriffener Verbrecher selbst nichts im Vermögen gehabt, die Untersuchungskosten, die Amtsgebühren, und was auf die Zeichen der peinlichen Gerichtsbarkeit verwendet worden, ausgenommen, bezahlet hätten, und sich übrigens, obausgeführtermasen in einem neuen sowohl als verjährten Besitze der Freyheit von allen und jeden Centkosten befänden; auch, weil die Mängel der obgedachten Amtsbeschreibung vom Jahr 1659 den nachherigen Beamten nicht unbekannt gewesen, ihnen keine Unwissenheit der fiscalischen Gerechtsame, noch einige

einige desfallsige Unachtsamkeit, wenn sie den Centverwandten solche Kosten, die dieselben nicht schuldig gewesen, nicht abgefordert hätten, beygemessen werden könnte; und solchergestalt kein Grund, aus welchem, und kein Verlust, gegen welchen, der Fiscus in vorigen Stand zu setzen wäre, vorhanden sey; nächstdem

ad 4) von Quärenten, daß in den Amtsrentereyrechnungen bis zum Jahr 1660 nicht einmal die Rubric der Ausgabe auf nothpeinliche Rechtfertigungen anzutreffen wäre, nebst der daraus gezogenen Folge geleugnet und für erweislich falsch ausgegeben wird, masen selbst in dieser Amtsbeschreibung, daß sich in der Amtsrechnung ein Capitel: Ausgabegeld zu peinlichen Rechtfertigungen: fände, angeführet, und besonders auf die bey der Hennebergischen Renterey befindlichen Rechnungen vom Jahr 1608 und folgenden Jahren bezogen, auch über dieses in der bey voriger Nummer gedachte Nachrichten Sammlung desfalls die Rechnungen vom Jahr 1617 und 1659 obwohl von Fällen, die sich auf uncentbaren und solchen Orten, wo der Fiscus die Untersuchungskosten unstrittig trüge, begeben, angeführet würden; immittelst, wenn es auch vor dem Jahr 1660 mit den Centkosten, wie es wollte, gehalten worden wäre, dennoch die fürstliche Amsrenterey in einem unterm 2ten May 1756 an fürstliche Cammer erstatteten Bericht, folgende Umstände selbst gestünde, daß nämlich die Amtsbeschreibung in nachherigen Zeiten den Stich nicht mehr halten wollte, masen nicht nur so gleich nach der Hennebergischen Landesvertheilung, in welcher die Cent durch Abgebung der Orte, B** und S**, geschwächt worden, in den Rentereyrechnungen, bey der Ausgabe, durchgehends die Rubric: auf nothpeinliche Rechtfertigungen, erscheine, sondern auch so gar ältere und neuere Fälle, wo dergleichen ansehnliche Posten aus dem Amtsfiscus bezahlet worden, sich fänden; man auch, wenn nicht der Centkosten halber einige Veränderung vorgegangen, des angeführten Titels, nach der Hennebergischen Landesvertheilung, eben so füglich, als vorher, würde haben entrathen können; die Fälle aber, deren die Renterey gedächte, einige von denen wären, welche in obigen von den Centunterthanen zu Behauptung der Freyheit von dergleichen Kosten, unter ein und andern Umstande angeführet worden; sich auch nicht fände, daß solche dem Fiscus jemals erstattet, oder dergleichen auch nur verlanget worden wäre; hiernächst der Hauptmann und Amtsvoigt Grimm, zu K**, ein Mann der sich, in funfzigjährigem Dienste, bey der Amtseinnahme, eine genaue Wissenschaft um die Beschaffenheit des Amts erworben, und bis jetzt noch Centgraf wäre, schon ehedem an

 fürstliche

fürstliche Cammer folgenden Bericht: daß er zeitlebens von keiner andern Observanz wisse oder gehöret habe, als daß die centbaren Unterthanen die Kosten nur in Capitalfällen, wenn der Verbrecher nichts gehabt, zu tragen schuldig wären, ihm kein gegenseitiger Fall bekannt sey, die Amtsbeschreibung, die das Gegentheil behaupte, zu der Zeit verfertiget sey, da die nachher an das fürstlich Meiningische Amt, Maßfeld, gewiesenen Dorfschaften, B** und S**, noch zur K** heimer Cent gehöret, und diese noch ihren Erbcentgrafen gehabt, der die mit diesem Amte verknüpft gewesenen schönen Einkünfte würklich genossen, die nachher von fürstlicher Cammer eingezogen worden: erstattet hätte; welches so wohl als die Veränderung mit B** und S** etwa die dermalige Observanz, nach welcher die Cent nur in Capitalfällen die Kosten trüge, veranlasset hätte, und welchem Zeugniß des Amtsvoigts Grimms um so mehr, als auch die Zeugen von Hörsagen und Wiederhörsagen und die von ihrem Vermeinen ausredeten, nicht gänzlich zu verwerfen x), Glauben beyzumessen wäre; diesem auch

ad 5) die Beziehung des Fiscus auf andere Oerter wenig entgegen stehen dörfte, masen eine Gewohnheit überhaupt nur an demjenigen Orte, wo mehrere übereinstimmige Handlungen rechtsverbindlich wiederhohlet worden, ein Recht machen y), und dieserhalb, wenn sie zumal, wie in dermaligen Fall, den gemeinen Rechten und der natürlichen Freyheit entgegen, als etwas gehässiges, sehr eingeschränkt auszulegen, und also weder von einem Fall auf den andern, noch von einer Person auf die andere, noch von einem Ort auf den andern zu erstrecken ist z); auch selbst die Hennebergische Landesordnung lib. 7. tit. 4 cap. 1. hierinn der Gewohnheit einer jeden Cent nachzugehen, nur vorschreibet; sodann Quärent wider die von dem Fiscus

ad 6) angeführten Fälle verschiedenes erinnert, nämlich ad a) daß, als in der Grobischen Untersuchung der Beamte, unter Beziehung auf ein

x) LEYSER in *med. ad Pand. spec.* 285. *med.* 1.

y) BRUNNEMANN ad *l.* 32. *D. de legibus num.* 4. MEVIUS *part.* 2. *decis.* 185. *num.* 7. 8. STRUV in *iurisprud. for. lib.* 1. *tit.* 2. §. 14.

z) CAP. ODIA *de reg. iur. in* 6to PET. HEIGIUS *part.* 3. *qu.* 23. *num.* 10. CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 138. *num.* 72. *et* 73. BERGER in *tract. de expens. crim. execut. cap.* 9. §. 14. *num.* 355. *et cap.* 12. §. 1. *num.* 569. ENGAU in *elem. iur. crim. lib.* 2. *tit.* 33. §. 385. KOCH in *instit. iur. crim.* §. 1000. Frölich de Frölichsburg in *comment.* über die peinliche Halßgerichtsordnung *lib.* 4. *tit.* 18. *in fin.*

ein unerwiesenes Herkommen, von der fürstlichen Regierung den Befehl, daß die centpflichtigen Unterthanen diese Kosten bezahlen müsten, sich ausgebethen, die fürstliche Regierung hierauf folgender Gestalt: wie wohl nun nicht zu finden, wie ermeldten centpflichtigen, da die Inquisitin am Leibe oder Leben nicht gestraft worden, die Entrichtung solcher Unkosten zuzumuthen, dieweil ihr aber euch auf das Herkommen beziehet: so begehren ꝛc. wir hiermit, ihr wöllet mehrbesagten centpflichtigen andeuten, daß sie berührte Kosten bezahlen sollten, im Falle sie sich nun dazu gutwillig verstehen, hat es dabey sein Bewenden, widrigen Falls aber habt ihr derselben Einwenden, nebst eurem pflichtmäsigen Berichte, zu fernerer Verordnung einzusenden: unterm 16den Junius 1682 rescribiret hätte; gleichwohl von der würklichen Zahlung keine überzeugende Nachricht sich vorfände, masen die desfalls bey den Grobischen Untersuchungsacten befindliche Randanmerkung wegen Mangel des Jahres, des Tages, und der Unterschrift keinen Glauben verdiente a); sowohl, wenn auch das angebliche Herkommen damals richtig gewesen, und die angesonnenen Kosten würklich, wie doch nicht zu erweisen stünde, entrichtet worden wären, dennoch dieser Fall vom Jahr 1682, ungeachtet seit dessen mehrere Untersuchungen, wo die Inquisiten am Leben nicht gestraft worden, der nachher unterbrochenen Freyheit, in deren Besitz sich die Centverwandten bisher nicht stören lassen, keinesweges entgegen stünde; wie denn auch ebenermasen ad b) aus der den Centverwandten abgefoderten Erlegung der Fischerischen Untersuchungskosten, aus dem Grunde, weil solches ein Centfall gewesen, indem Fischer zum Strange verurtheilet worden, nichts für den Fiscus und nichts wider die Unterthanen zu folgern stünde; hiernächst ad c) daß, in der Wittischen Untersuchung, die fürstliche Regierung, nach dem Inhalt eines Rescriptes vom 26sten November 1737, die den Unterthanen angesonnene Bezahlung der Untersuchungskosten nicht befohlen, sondern nur geschehen lassen; mithin, wenn die wenigen Kosten auf die Centunterthanen ausgeschrieben, und von ihnen beygetrieben würden, blos nachsehen wollen; über dieses aber auch, wie selbst das Centamt unterm 15den August 1758 bezeugete, nicht zu finden wäre, daß die Centunterthanen das geringste bezahlet hätten; sothane Centunterthanen auch, sicherm Vermuthen nach, auf das in eben der Untersuchungssache vorher und am 2ten August 1737 ergangene und zu seiner Rechts

a) BERGER *in oec. iur. lib.* 4. *tit.* 6. §. *num.* 2. LEYSER *spec.* 71. *med.* 10. *vn, num.* 9. ENGAV *part.* 2. *decis.* 209.

Rechtskraft gelangte hohe Rescript, nach welchem, in Fällen, da der Inquisit nichts in Vermögen hätte, der Beamte keine Gebühren zu fordern, sondern, als ein besoldeter Diener, seine Arbeit Amtshalber zu verrichten haben, da hingegen den baaren Verlag und die Atzungskosten der Fiscus bezahlen sollte, sich bezogen hätten; solchemnach

ad 7) daß der Fiscus in dem Besitze der Erhebung dergleichen Kosten, so wie gegentheils die Unterthanen in einer unbezweifelten Verbindlichkeit, solche abzutragen, sich befänden, annoch ungewiß ist; so wie

ad 8) et 9) von Quärenten, daß, selbst nach dem ad k) obgedachten Centamtsbericht vom 15den April 1758 die höchste und hohe Befehle, auf welche man sich fiscalischer Seits gründen wollte, in dem Amte K** niemals zur Observanz gekommen wären, gedacht; auch, wie schon oben ad lit. g) angemerkt worden, den Centverwandten nicht nachtheilig gewesen seyn würden, erinnert wird, masen den Centunterthanen in sothanen Befehlen keine Centbeschwerdenausdehnung als Centunterthanen angesonnen, auch, nach eben dem vorhingedachten Berichte, der Kostenabtrag, ausser in Capitalfällen, und auch in diesen die Amtsgebühren und Erbauung der Blutbannszeichen, ihrer Seits beständig verweigert worden wären; und überhaupt ihre herkömmliche Freyheit nicht aufzuheben vermögten; zumal

ad 10) der Nahme, der Centverwandten, nichts mehr, als solche Personen, welche der peinlichen Gerichtsbarkeit des Centherrn unterwürfig wären, anzeigte b); woraus, weil diese Benennung auch an solchen Orten, wo der Centherr alle und jede Untersuchungskosten trüge, gebräuchlich wäre, die Verbindlichkeit zu den angesonnenen uneingeschränckten Kostenabtrage, sich nicht herleiten liesse; ein gleiches auch

ad 11) von Quärenten, weil es Aemter genug gäbe, wo der Gerichtsknecht das Brodt von den Unterthanen genösse, und dennoch von der Herrschaft die Inquisitionskosten unweigerlich getragen würden, angemerkt wird; so wohl bewährte Rechtslehrer, daß die Centunterthanen dem Landknechte oder Amtsdiener die Centbrodte nur zu Anerkennung der Centgerichtsbarkeit entrichteten, einhellig dafür halten c); endlich

ad 12)

b) Beck von der Obergerichtsbank pag. 517. HILDEBRAND *de iurisd. uniuers. lib.* 3. *cap.* 1. §. 2. *cap.* 6. *pos.* 10. Beck *l. c.* §. 3. ENGAV

c) WERNHER *in observat.* voc. Zent. in *elem iur. crim. lib.* 2. §. 15. *num.* 4.

ad 12) was besonders das Wachthalten betrift, selbiges von den Unterthanen nicht anders, als im Nothfall, oder wo solches durch Verträge ausgemacht, oder durch Gewohnheit eingeführet worden, zu geschehen braucht d): sowohl Quärent, daß die Wachten, wenn selbige gleich den Unterthanen in einigen Fällen, wo sie sich dazu nicht verbunden halten, angesonnen, und von ihnen in ihrer Einfalt verrichtet, oder sie durch Strafbefehle dazu angehalten worden, dennoch, nach Masgabe der Schrammischen Inquisition, vom Jahr 1694 und der Flölischen Untersuchung vom Jahr 1721 der Fiscus würklich bezahlet hätte, angeführet, und ausserdem auf andere Fälle, wo dergleichen den Centunterthanen nicht zugemuthet, oder doch wenigstens von selbigen der ihnen angesonnenen Wachtleistung widersprochen worden wäre, sich beziehet; wegen Erstattung zu den Blutgerichtszeichen nebst den Amtsgerichtsgebühren aber, bey der fünften und sechsten Frage geantwortet werden wird: So sind wir der rechtlichen Meynung, daß die centpflichtigen Unterthanen des Amtes K**, wenn alle die von ihnen angeführten *facta* in der Wahrheit gegründet und von Seiten des Fiscus nicht etwa annoch sollten entkräftet werden können, wegen gedachter Amtsbeschreibung vom Jahr 1659 und der andern dermalen von dem Fiscus wider sie angeführten Gründe, alsdenn, wenn der Verbrecher auf unstrittiger Cent ergriffen wird, zum ungemessenen Abtrag aller und jeder Centkosten, ohne Unterschied, das Verbrechen mag capital oder nicht capital seyn, nicht verbunden, sondern nur sodann, wann dergleichen unbemittelter Verbrecher eine Lebensstrafe verdienet und damit würklich beleget wird, zur Erstattung dieser Kosten gehalten, in dem Fall hingegen, wenn ein unvermögender Missethäter das Leben nicht verwürket hat, sondern blos am Leibe gestraft wird, damit überhaupt, folglich auch mit der Wacht zu verschonen, und bey der disfalsigen natürlichen und hergebrachten Freyheit zu schützen sind.

Obwohl, die dritte Frage betreffend, die von beyden Theilen beygebrachten Gründe so beschaffen sind, daß selbige in die Entscheidung der Sache einen großen Einfluß haben; hiernächst, wenn zuvor auf Beweiß zu erkennen ist, solcher auf die Centunterthanen fallen dürfte, masen 1) die Unterthanen, welche schlechthin zu den peinlichen Unkosten verbunden sind, dennoch aber selbige in gewissen vorkommenden Fällen zu übernehmen

d) BESOLD in *thesaur. tom. I. voc.* Wachen *pag.* 1102.

nehmen sich nicht schuldig erachten, die Einschränkung, weil solche etwas geschehenes, wodurch man die Fälle von ihrer allgemeinen Verbindlichkeit ausgenommen hätte, betreffen, erweisen müssen e); 2) nach dem dritten Zweifelsgrunde der vorigen beyden Fragen aber, die Unterthanen, vermöge der daselbst gedachten Amtsbeschreibung und des Berichtes von Jahr 1659 in peinlichen Sachen die Kosten tragen müssen; und, ob zwar die Rechtsgelehrten darüber, was unter den peinlichen Sachen zu verstehen, zweifelhafter Meinung sind f), selbige dennoch darinne, daß peinliche Sachen so wohl überhaupt von solchen Sachen, derentwegen Jemand am Leben, Leib, Ehre oder Gut zu bestrafen g), als insbesondere von solchen Sachen, deren Bestrafung am Leibe oder Leben bis zum Staupenschlage reiche h), zu verstehen seyn, übereinkommen i); sodann 3) die peinlichen Sachen, nach der ersten allgemeinen Bedeutung in der Hennebergischen Landesordnung lib. 2. cap. 4. §. 2. da es heißt: Item, so oft gegen einen criminaliter und peinlich geklagt, als daß der Kläger den Beklagten nicht zu seinen Nutz, sondern zu Rath von Oberkeit wegen, seiner begangenen Handlung nach, begehrt zu strafen, es sey an Leib, Leben, Hand, Verweisung des Lands, an Geld dem Fisco zuzutheilen, und allen andern Strafen, dardurch der verwirkend an Leib, Ehren oder Gut, also affliairet und gebüßt soll werden, anderem zu Besserung: bestimmt worden sind; nach Sachsenrecht aber, selbige in der zweyten eingeschränkten Bedeutung genommen werden k); auch 4), wie der fünfte Zweifelsgrund der ersten und zweyten Frage anzeiget, andere benachbarte Centunterthanen die Inquisitionsunkosten schlechthin entrichten; aus einer Gewohnheit der Nachbarschaft aber, zumal wenn deren Unterthanen unter einerley Herrschaft stehen, eine nicht geringe Vermuthung wider die angränzenden Unterthanen, daß dergleichen Gewohnheit bey ihnen auch in

e) BOEHMER *obs.* 8 ad CARPZOV *pract. rer. crim. qu.* 138.

f) MATTH. STEPHAN in *praef. const. crim. car.* CARPZOV in Inquisitions- und Achtsproceß *tit.* 2. *art.* 1. §. 1.

g) Carolinische Halßger. Ordn. *art.* 104. 110. *seq.* 164.

h) Carolinische Halsger. Ordn. *art.* 177. 178. *et.* 197.

i) PUFENDORF, *iurisd. german. part.* 2. *sect.* 2. *cap.* 1. §. 19. 20. Meckbach in Anmerkungen über die peinliche Halsgerichtsordnung *pag.* 4. *seq.* WERNHER in *sel. obs. for. part.* 5. *obs.* 203.

k) gloss. des Sächßl. Weichbild *art.* 17. v. Bürgerliche Klage sey 2c. MATTH. COLER *part.* 1. *decis.* 22. *num.* 2. *seq.* CARPZOV in Inquisitions- und Achtsproceß *tit.* 2. *art.* 1.

in Uebung sey, erwächst l); ferner 5) nicht nur GYLMANN in decis. camer. 51 in princ. lib. I. fol. 692 daß die zentbaren Unterthanen, so die Zent besuchten, und auf die Zent gelobet und geschworen, daselbst auch erscheinen und Zentschöpfen geben, gemeinialich auch die Anlagen zum peinlichen Gericht für ihren Theil aulegen müßten, bezeuget, sondern auch WEHNER in seinen Obseruat. pract. voc. Zent pag. 517 und 523, daß in Francken die Zentunterthanen Henkergeld gäben, den Zentknaben alle Unkosten, so aufs richten giengen, zahlen hülfen und die Zent oder Zentgerichte von den Zentunterthanen die Zentkosten aufhüben, gleichfalls anmerket; folgbar die Centunterthanen die Vermuthung, daß sie, wenn der Missethäter unbemittelt, alle Inquisitionskosten, bey allen und jeden Verbrechen, wenigstens auch bey solchen, die am Leibe mit dem Staupenschlage bestraft werden, zu tragen schuldig sind, wider sich zu haben scheinen; und ihnen also der Beweiß des Gegentheils obliegen dörfte m); mithin daß, auf die angeführten Gründe in dieser Sache sogleich ein Endurthel erfolgen könne, oder, daß, wenn zuförderst auf Beweiß zu erkennen seyn dürfte, nicht der Fiscus, sondern die Centunterthanen solchen zu übernehmen schuldig seyn, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. die Gründe, welche beyde Theile in dieser Sache für sich anführen, größten Theils in geschehenen Dingen bestehen, die zuvor, ehe sie für wahr angenommen werden können, eines Beweises bedürfen n); dieser Beweiß aber, bey gegenwärtigem Streit, den Centunterthanen, wenn sie weder klagend, noch einwendend sich auf facta gründen, sondern blos den Ansprüchen des Gegentheils verneinend widersprechen, füglich nicht aufgebürdet werden kann, masen, vermöge der, bey der vorigen ersten und zweyten Frage, angezeigten Entscheidungsgründe, die Unterthanen, den gemeinen Rechten nach, zu Bezahlung der Inquisitionsunkosten nicht verbunden, und dieserhalb die Vermuthung der natürlichen Freyheit, welche größer, als alles andere ist o); für sich haben; daß dahero vielmehr die Obrigkeit, welche sich auf die Gewohnheit die Inquisitionsunkosten fodern zu können, gründet, den Satz, daß es in ihren Ge-

 richten

l) LYNKER in *resolut. discept. forens.* 404.

m) WERNHER in *sel. obs. for. par.* 9. *obs.* 22. *num.* 4.

n) Facta non praesumuntur, sed probanda sunt. *l.* 12. §. 2. *D. de capt. et postl. l.* 9. *C. de collat. l.* 1. *C. de probat.*

o) *l.* 122. *D. de reg. iur.* LEYSER *spec.* 16. *med.* 1. BOEHMER *de actionibus*, *sect.* 2. *cap.* 2. §. 36. *et* 41.

richten durch einen beständigen Gebrauch und über rechtsverwährte Zeit auch unverbrüchlich damit also gehalten worden, wie recht zu erweisen hat p); angesehen das blosse Attestat der Obrigkeit, weil niemand für sich selbst zeugen kann, hierzu nicht hinreichet q); so wie bey der Gewohnheit, daß die Handlungen freywillig und nicht aus Zwang unternommen, selbigen auch nicht widersprochen worden, erforderlich ist r), in mehrerm Betracht, daß auch ein gegen die Ansprüche eines Obern, dem man nicht wohl zu widersprechen vermocht, geäußerter aussergerichtlicher Widerwille in dergleichen Sachen die Verjährung unterbricht s); sodann ad 1) die K** heimer Centunterthanen nicht schlechthin, zum Abtrag der peinlichen Unkosten verbunden zu seyn, eingestehen, sondern nur so viel, daß, wenn ein unvermögender Inquisit auf unstrittigem centbaren Boden ergriffen und am Leben gestraft würde, oder wenigstens solches verwürket hätte, sie, die Inquisitionskosten zu entrichten, sich nicht weigerten, einräumen; hiernächst ad 2) die Centunterthanen die Richtigkeit dieser Urkunden, wie bey dem dritten Entscheidungsgrunde der vorigen Fragen gedacht worden, annoch in Zweifel ziehen; ferner ad 3), wenn die Centunterthanen in allen peinlichen Sachen die Inquisitionsunkosten, nach der Hennebergischen Landesordnung, tragen sollten, diese solches wohl vorgeschrieben und es nicht blos, wie part. 4 cap. 1 pag. 222 geschehen, auf das Herkommen jeder Cent würde haben beruhen lassen; nächstdem ad 4) die Vermuthung, welche von der Gewohnheit der Nachbarn wider die K**heimischen Centwerwandten hergenommen wird, eines Theils erst den Beweiß von der Gewohnheit der benachbarten Centunterthanen erfordert, andern Theils aber auch durch die grössere Vermuthung, welche aus der natürlichen Freyheit für die Unterthanen in dieser Sache streitet, und weil, wie bey dem fünften Entscheidungsgrunde der vorigen beyden Fra-

p) *l. 1. C. quae sit long. consu. arg. l. 10. C. de non num. pec.* IVL. CLARVS *§. fin. qu.* 99. *num.* 5. KLOCK *de contribut. cap.* 1. *num.* 312. IDEM *cap.* 20. *n.* 8. 9. 10. SCHILTER *de landsass. c.* 7. *p.* 299. CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 138. *num.* 70. seq. LYNCKER in *resol. disc. for.* 404. LVDOVICI in Peinl. Proceß, *cap.* 12. §. 21. ROTHER im Inquisitions- Anklag- und Achts- oder Bannproceß *cap.* 18. §. 42. BESOLD in *thes. pract. tom. II. v.* Henker oder Herdgeld, *pag.* 324. BERGER in *oec. iur. lib.* 4. *tit.* 33. §. 4. *n.* 12. LEYSER *spec.* 90. *med.* 11. Add. WERNHER *l. c. num.* 7.

q) CARPZOV im Inquisitions- und Achtsproceß *tit.* 14. *art.* 3. §. 1. *not.*

r) BOEHMER *obs.* 8. ad CARPZOV *pract. rer. crim. qu.* 138.

s) BOEHMER *l. c.* 10. FRIDEM. SCHNEIDER *diss. de murmuratione praescriptionem impediente,* Hal. 1704.

Fragen angeführet worden, solche Gewohnheiten sehr eingeschränkt auszulegen und nicht von einem Ort auf den andern zu erstrecken sind, entkräftet wird t); endlich ad 5) das Zeugniß eines Rechtsgelehrten von einer Gewohnheit in einem Lande, wo er sich nicht aufhält, um deswillen, weil er selbige nicht selbst wahrgenommen, und also nicht sicher davon zeugen können, wenig Glaube verdienet; gedachter Wehner auch am angeführten Orte, pag. 520, daß die Rügen und Fälle in einer Zent anders, denn in der andern gehalten würden und hergebracht wären, selbst gestehet, und pag. 523 daß dergleichen Gewohnheiten nicht allgemein zu erstrecken, mit andern erinnert: So achten wir den Rechten gemäß zu seyn, daß auf die angeführten Gründe in dieser Sache nicht so gleich ein Endurthel erfolgen könne; sondern daß zuförderst auf Beweiß zu erkennen und selbiger dem Fiscus, wenn er die Stelle eines Klägers vertritt, oder, Falls die Centunterthanen wider den Fiscus klagen sollten; wenn sie dabey auf die *facta*, wodurch sie den Besitz ihrer Freyheit zu behaupten suchen, sich nicht berufen, als der bejahende Theil den Beweiß zu übernehmen habe.

Auf die vierte Frage zu kommen, obwohl von einem besondern Fall auf einen andern von verschiedener Art nicht zu schliessen ist u); solchemnach auch die Befreyung von der Verbindlichkeit in einem Fall, nicht gleich die Befreyung von derselben in einem andern, von jenem unterschiedenen Falle, in sich enthält; und also dieses, daß die Unterthanen bey solchen Verbrechen, die nicht mit der Todesstrafe beleget werden, von den peinlichen Unkosten frey sind, ihnen keine Befreyung von selbigen bey Todesstrafen, obgleich der Landesherr den Missethäter begnadiget hätte, verschaffen möchte; bevorab wenn die Unterthanen, wie Quärent von den K** heimern angeführet hat, in dem Fall, da ein auf unstrittig centbaren Boden ergriffener unvermögender Verbrecher mit dem Leben büsset, der Wacht- Atzungs- Urthels- und Hinrichtungskosten sich niemals geweigert haben sollten; mithin daß, wenn die Unterthanen von Erstattung der Centkosten, in denjenigen Fällen, wo der Inquisit das Leben nicht verwürket, frey sind, dieses dennoch auf den Fall, wenn demselben

t) Praesumtio fortior tollit debiliorem *l. 7. D. de in integr. rest. l. 67. de ritu nupt. c. 14. de praesumt.*

u) Diversorum est diversum iudicium. *l. 85. §. 5. D. de verb. oblig.*

selben das Leben geschenkt und er von höchster Landesherrschaft begnadiget wird, nicht zu erstrecken sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. die Unterthanen, nach den Entscheidungsgründen der vorigen dritten Frage, bey ermangelnden Gesetzen und Verträgen, zum Abtrag der peinlichen Unkosten anders nicht, als wenn die Obrigkeit, solchen von ihnen fodern zu können, durch eine beständige und über rechtsverwährte Zeit unverbrüchlich hergebrachte Gewohnheit erweiset, verbunden sind; solche Gewohnheit aber, wenn sie auch erwiesen wird, bey annoch vorhandenem Zweifel, auf was für Fälle selbige zu ziehen, allein von dem Fall, wenn der Inquisit an Leib und Leben bestraft wird, zu verstehen x), und dahero auf den Fall, da die Rechtfertigung oder Execution der Strafe würklich nicht erfolget, keinesweges, obschon der Inquisit zu einer gewissen Leibes oder Lebensstrafe verurtheilet worden wäre, zu deuten ist y); sodann die peinlichen Unkosten eigentlich nur auf die peinliche Rechtfertigung abzielen z); diese aber, wenn dem Inquisiten, aus sonderbarer Gnade die zuerkannte Leibes oder Lebensstrafe erlassen wird, nicht geschiehet; und also auch die Unterthanen in diesem Fall, bevorab da die Gnade des Regenten in reichlichster Mase auszulegen a), und schon dieserhalb die Erlassung der Strafe auch zugleich für eine Erlassung der mit der Untersuchung des Verbrechens genau verbunden gewesenen Kosten, wenn der Verbrecher keine Mittel hat, anzusehen ist, mit dem Abtrag der peinlichen Kosten, damit die dem Verbrecher wiederfahrne Gnade auch ihnen, zumal da sie dergleichen Kosten nicht verursachet haben, zum Vortheil gereiche, billig zu verschonen sind b), und ihnen, wenn sie zumal ohnehin bey nicht verwürkter Lebensstrafe des Missethäters die Befreyung von den Centkosten geniessen, dergleichen nicht aufzubürden ist: So halten wir den Rechten gemäs zu seyn, daß wenn die Unterthanen von Erstattung der Centkosten, in Fällen, wo der Inquisit das

x) PET. HEIGIVS *par.* 3. *qu.* 23. *num.* 10. GARSIAS a SAAVEDRA *de expensis, cap.* 9. *num.* 7. CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 138. *num.* 74. *et* in Inquisitions- und Achtsproceß *tit.* 14. *art.* 3. §. 2.

y) PET. HEIGIVS *par.* 3. *qu.* 23. *num.* 11. BESOLD in *thesaur. pract. tom.* II. *voc.* Henkergeld *pag.* 324. CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 138. *num.* 8. et in Inquisitions- und Achtsproceß *tit.* 14. *art.* 3. §. 4.

z) CARPZOV in Inquisitions- und Achtsproceß *tit.* 14. *art.* 3. §. 4. *not.*

a) *l.* 3. *D. de constit. princip.*

b) PET. HEIGIVS *part.* 2. *qu.* 23. *num.* 11. CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 138. *num.* 76. *et* in Inquis. und Achtsproceß *tit.* 14. *art.* 3. §. 3.

das Leben nicht verwürket, frey sind, dieses auch auf den Fall, wenn demselben das Leben geschenkt, und er von höchster Landesherrschaft begnadiget wird, zu erstrecken sey.

Ferner, die fünfte Frage betreffend, obwohl an vielen Orten die Gewohnheit ist, daß die Centunterthanen zu Aufrichtung und Erhaltung des Galgens, Prangers, Rabensteins, und anderer Zeichen der peinlichen Gerichtsbarkeit den Aufwand der Kosten zu tragen verbunden sind c); mithin, daß die Centherrschaft und deren Fiscus den auf Erbauung und Erhaltung der Hoch und Blutgerichtszeichen gehenden Aufwand nicht schlechterdings alleine zu tragen habe, es scheinen möchte:

D. *a.* u. d. so wohl nach den gemeinen als sächsischen Rechten, der Centherr, weil er die Nutzungen und Vortheile der Gerichtsbarkeit geniesset und die Strafgelder nebst andern Einkünften einziehet, vermöge der ihm zustehenden Obergerichte, den Galgen auf seine Unkosten aufzubauen und in vorigem Stande zu erhalten schuldig ist d); auch die Centunterthanen, wenn sie gleich, vermöge besonderer Gewohnheit, die zur Execution der Uebelthäter nöthige Kosten tragen müssen, dennoch zu dergleichen Unkosten nicht verbunden sind; und also solche der Centherr von ihnen, wofern er es nicht besonders zu erweisen vermag, nicht fordern kann e), sintemal solcher Aufwand eines Theils unter den peinlichen Unkosten, wozu etwa die Unterthanen, vermöge besonderer Gewohnheit, verbunden, so wenig begriffen ist, als wenig dahin die Gefängnisse, Torturgewölber oder Martercammern, und selbst die Gerichtsstuben, wenn solche die Unterthanen erbauen und erhalten sollten, zu rechnen sind f), andern Theils aber auch dergleichen Gewohnheit, nach welcher die

c) GYLMANN in *decis. camer.* 51. *in princ. lib.* 1. *fol.* 692. ADR. BEYER in *tr. de expens. exec. crim. cap.* 9. *num.* 318 *seq.*

d) Halßgerichtsordnung Carl des fünften *art.* 215. *verb:* Daß ihn derselbige Gerichtsherr, ohne der Kläger Schaden bezahlen ꝛc. ibique KRESS Sächßl. Landr. *lib.* 1. *art.* 18. Weichbild *lib.* 1. *art.* 59. vbi gloss was erblos wird darum dem Richter gefolget, daß er richterliche Gewalt und dazu Stöcke, Pranger, Galgen, Staupen, und allerley Sachen, damit man Missethäter peiniget, halten soll. ANDR. GOLDBECK von der Gerade *tit. de cert. ord. succ. num.* 1. CARPZOV im Inquisitions- und Achtsproceß *tit.* 14. *art.* 2. §. 3: et in *pract. rer. crim. part.* 3. *qu.* 109. *num.* 68. *seq.* BOEHMER *obs.* 8. *ad.* CARPZOV *pract. rer. crim. part.* 3. *qu.* 109.

e) CARPZOV in *pract. rer crim. qu.* 138. *num.* 52. seq. ENGAV in *elem. iur. crim. lib.* 2. *tit.* 33. §. 385.

f) ANDR. BEIER in *tract. de expens. exec.*

die Unterthanen die peinlichen Unkosten entrichten müssen, vermöge der Entscheidungsgründe bey der ersten und zweyten Frage, der für die Unterthanen streitenden natürlichen Freyheit und den gemeinen Rechten entgegen ist, und also nicht von einer Sache auf die andere erstreckt werden darf, sondern vielmehr eingeschränkt werden muß g), bis etwa von dem Centherrn, auch dergleichen Aufwand von den Centunterthanen fordern zu können, gehörig erwiesen wird h); hiernächst Quärent, daß im Jahr 1698 in der Fischerischen Untersuchungssache, der Aufwand zu Erbauung des Galgens von dem Centherrn, ohne den Centverwandten deswegen das geringste anzusinnen, würklich bestritten worden wäre, anführet: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß bey vorliegenden Umständen, die **Centherrschaft und deren Fiscus, den auf Erbauung und Erhaltung der Hoch und Blutgerichtszeichen gehenden Aufwand, wofern sie nicht ein anderes gehörig zu erweisen vermag, alleine zu tragen habe.**

Hiernächst, die sechste Frage belangend, ob wohl die Untersuchungen meist sehr mühsam sind, weswegen öfters einträgliche Arbeiten zurückgesetzet werden müssen; und diesemnach der Beamte, wenn er von Untersuchungen nichts haben sollte, an seinen sonstigen Einkünften leiden würde; niemanden aber sein Dienst zum Schaden gereichen darf, und daß er selbigen mit seinen eigenen Kosten bestreite, zugemuthet werden mag i); hiernächst der K** heimische Beamte sowohl 1) von der im Jahr 1682 num. 6) a) der Zweifelsgründe bey der ersten und zweyten Frage gedachten Grobischen Untersuchung, als auch 2) von der in der Geschichtserzählung gedachten großen Inquisition, wenigstens was die drey am Leben gestraften Jauner verursacht gehabt, die Amtsgebühren bekommen haben will; mithin, daß die Centunterthanen den Beamten die bey einer Inquisition entstandenen Amts oder Gerichtssportuln ohne Unterschied zu entrichten verbunden wären, dafür gehalten werden möchte:

D. a. u. d.

exec. crim. cap. 15. §. 9. *num.* 792. Beck von der Obergerichtsbarkeit *lib.* 1. *cap.* 28. *obs.* 9. LYNCKER *decis.* 1263. *verb.* unter peinlichen Gerichtskosten ꝛc. BOEHMER *obs.* 4. *ad* CARPZOV *pract. rer. crim. part.* 3. *qu.* 111. BERGER in *oec. iur. lib.* 4. *tit.* 33. §. 4. *num.* 3. *not.* 14.

g) *c.* 15. *de reg. iur. in 6to.*

h) IVL. CLAR. *l.* 5. *sent.* §. *vlt. qu.* 99. *num.* 5. PET. HEIGIVS *par.* 2. *qu.* 23. *num.* 9. CARPZOV in *pract. rer. crim. par.* 3. *qu.* 138. *num.* 69. seq.

i) *c.* 16. *X. de praescript.*

D. a. u. d. von Quärenten, daß die Beamten in Besoldung stünden, angeführet worden ist; in solchem Fall aber selbigen ihre Mühe, welche sie bey dem Inquisitionsproceß angewendet, schon dadurch vergüthet wird k); so wohl die Halßgerichtsordnung Carl des Vten, daß die Gerichts und andere Kosten durch des Gerichts oder desselben Gerichtsobrigkeit bezahlet werden sollten, art. 204 ausdrücklich anbefiehlet; sodann Quärent ferner gedenket, a) daß den Beamten in der Fischerischen Untersuchungssache die Amtsgebühren von fürstlicher Regierung ausgestrichen worden wären;

Siehe Entscheidungsgründe der ersten und zweyten Frage sub lit. c)

ingleichen b), daß im Jahr 1701 in eben der Fischerischen Untersuchungssache, daß den Beamten, in Fällen, wo die Inquisiten die ihnen zuerkannten Kosten abzutragen nicht vermögen, von den Inquisitionen keine Amtsgebühren passiren, auch c) daß in der Wittischen Inquisition unterm 2ten August 1737, daß in Fällen, da der Inquisit nichts im Vermögen habe, der Beamte keine Gebühren zu fordern, sondern, als ein besoldeter Diener seine Arbeit Amtshalber zu verrichten habe, von fürstlicher Regierung rescribiret, und d) von höchster Landesherrschaft selbst, daß im Fall der Inquisit bemittelt, der Beamte und übrige Gerichtspersonen die ihnen, nach der gedruckten Taxordnung zukommenden Gebühren zu geniessen, bey unbemittelten Inquisiten aber, diese Arbeit Amtshalber und ohne Entgeld zu thun haben, unterm 19den Junius 1730 gnädigst befohlen worden wäre; hiernächst Quärent gegen die Zweifel der Beamten verschiedenes, nämlich ad 1) daß die Bezahlung der Sporteln in der Grobischen Sache so wohl unerwiesen, als überhaupt durch die nachherige Freyheit der Centverwandten wiederum aufgehoben worden wäre,

Siehe die Entscheidungsgründe ad num. 6. a) der ersten und zweyten Frage

sodann ad 2) daß die Bezahlung der Amtsgebühren bey der Inquisition der drey am Leben gestraften Jaunern mit harter Auspfändung wider die zuvor angeführten höchsten und hohen Befehle erpreßt worden sey, und eben diese Begebenheit den gegenwärtigen Rechtshandel, welchen fürstliche

k) LEYSER *spec.* 86. *med.* 8. BOEHMER 3. *qu.* 138. *obs.* 8. ad CARPZOV. *pract. rer. crim. part.*

liche Regierung in dem in der Geschichtserzählung erwehnten Befehl vom Jahr 1758 zugleich zu rechtlicher Ausführung erwiesen, veranlasset hätte, nicht unerheblich erinnert; überdem von den eigentlich peinlichen Unkosten oder welche auf die Execution des peinlichen Processes verwendet werden, auf die peinlichen Proceßkosten, oder welche die Cognition und Decision des Verbrechens veranlassen, nicht geschlossen werden mag, indem beyde aus verschiedenen Arten peinlicher Unkosten bestehen l); und dieserhalb, wenn die Centunterthanen auch zu Abstattung der peinlichen Proceßkosten oder Amtsgerichtsgebühren verbunden seyn sollen, solches zuvor auf rechtliche Art von dem Beamten zu erweisen ist m): So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die Centunterthanen wider die vorhandenen höchsten und hohen Befehle nur in den Fällen, von welchen die Beamten, daß den Centunterthanen neuerer Zeit auf zu Recht beständige Art die Amts oder Gerichtsgebühren übertragen worden, gehörig erwiesen, selbige den Beamten zu entrichten verbunden sind.

Endlich, so viel die siebende Frage betrift, ob wohl die Obrigkeit welche den Inquisitionsproceß führet, die Unkosten, wenn gleich die Uebelthat anderswo und unter einer andern Gerichtsbarkeit verübet und begangen worden, zu tragen schuldig ist n); und die Unterthanen, wenn sie auch, vermöge einer beständigen Gewohnheit zu den peinlichen Unkosten im Inquisitionsproceß verbunden, dennoch selbige in dem Fall, da in andern Gerichten von ihrem Gerichtsherrn inquiriret wird, bey ermangelnder besondern Gewohnheit zu entrichten, nicht angehalten werden mögen o); auch nach dem Anführen des Quärentens, die Herrschaft in dem Fall, wenn ein Verbrecher ausser dem Centsprengel ergriffen wird, die Kosten, es mag der Verbrecher mit dem Leben oder nur mit dem Leibe büssen, zu übernehmen pfleget; mithin, daß der Fiscus die Untersuchungskosten in dem Falle, da ein unbemittelter und am Leben zu bestrafender Verbrecher, auf einem, in Ansehung der peinlichen Gerichtsbarkeit, zwischen gnädigster Landesherrschaft und einer auswärtigen Herrschaft strittigen Platze eingezogen und nach K** heun zur Haft gebracht wird, zu tragen schuldig sey, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d.

l) ENGAU in *elem. iur. crim. lib.* 2. §. 377, 378 *et* 385. in fin.

m) CARPZOV in Inquisitions und Achtsproceß *tit.* 14. *art.* 3. §. 6.

n) CARPZOV in Inquisitions und Achtsproceß *tit.* 14. *art.* 3. §. 3.

o) CARPZOV in *iurispr. for. part.* 4. *const.* 12. *def.* 6.

D. a. u. d. die Centunterthanen zur Sicherheit des zentbaren Grundes, damit selbiger von bösem Gesindel gereiniget werde, nicht nur wider die einheimischen, sondern auch wider die auswärtigen, so nicht unter den Centgerichten ihren Wohnsitz haben, flüchtig gewordenen Verbrecher die Centfolge, vermöge deren sie, auf Anordnung der Obrigkeit die flüchtigen Uebelthäter verfolgen und zur Haft bringen helfen, zu leisten verbunden sind p); dieserhalb nun auch die auf die Einziehung und Inhaftirung eines Uebelthäters aufgelaufenen Kosten zu bezahlen haben; und ob zwar alsdenn, wenn die Uebelthat auf einem unstrittig uncentbaren Grunde verübet und begangen worden, die Centunterthanen von den Unkosten frey sind, dieses dennoch nicht auf solche Plätze, die, in Ansehung der peinlichen Gerichtsbarkeit, zwischen der Landes und einer auswärtigen Herrschaft strittig sind, erstreckt werden darf, angesehen den Unterthanen darüber, ob der Platz zum Centsprengel gehöre, oder nicht gehöre, zu cognosciren keine Befugniß zustehet, sondern dieselben vielmehr in diesem zweifelhaften Falle das Beste ihrer Obrigkeit zu befördern und unter diesen Umständen den Platz, in Ansehung ihrer obhabenden Unterthanspflicht, eher für einen centbaren als uncentbaren Platz so lange, bis die Sache erst höhern Ortes entschieden worden, zu halten haben, gestalten auch die Hennebergische Landesordnung lib. 2. tit. 10. cap. 4. §. 4. mit den Worten: begebe sich auch ein Fall, der im Zweifel stünde, ob er zentbarlich oder der Voigthey anhängig wäre, derselbige soll an unser Hofgericht gewiesen werden, und darüber das Untergericht Erkänntniß gewärtig seyn: klare Mase giebet: So achten wir in Rechten gegründet zu seyn, daß die Centunterthanen die Untersuchungskosten in dem Falle, da ein unbemittelter und am Leben zu bestrafender Verbrecher, auf einen, in Ansehung der peinlichen Gerichtsbarkeit, zwischen gnädigster Landes- und einer auswärtigen Herrschaft strittigem Platze eingezogen und nach K** heim zur Haft gebracht wird, so lange, bis die Sache erst höhern Ortes entschieden worden, zu tragen schuldig sey.

Uebrigens wird das von Quärenten beygelegte Kostenverzeichnis auf 8 Rthl. 8 gl. billig gemässiget. V. R. W.

Yyyyy 2 Urthel

p) Siehe ENGAU in *elem. iur. crim. lib.* 2. §. 15.

Urthel
in eben der vorigen Sache
nach K** im August 1767.

Auf erhobene Klage, darwider vorgeschützte Einreden, und ferneres Einbringen, des Hofadvocaten J. G. B**, als zu dieser Sache verordneten Fiscals, Klägers an einen, Anwalds der Centschuldheisen des fürstlichen Amts K** Beklagtens am andern Theil, s. u. i. d. d. e. u. a. b. A. in XVI. Stücken n. e. F. z. u. d. u. R. B. g. w. f. W. v. R.

Daß Beklagter vor allen Dingen durch Beybringung eines von sämmtlichen auf rechtsbeständige Art bestellten Syndicen der beklagten Gemeinden ausgestellten *actorii*, besser als geschehen, sich zu legitimiren verbunden. Hiernächst hat Klägers auf des *Fisci* Besitz, von Beklagten auf den Fall, da ein unvermögender Verbrecher in dem dasigen Centbezircke ergriffen und nicht am Leben bestraft wird, die Bezahlung der Centkosten zu fordern, gerichtetes Suchen nicht Statt; jedoch bleibt ihm wegen dieser Sache das Recht des *Fisci*, wenn er solches darthun zu können vermeinen sollte, *in petitorio* an und auszuführen, unbenommen. Die Unkosten dieses Processes werden gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Dieweil Beklagter nur von den Schuldheissen des Amts K** eine Vollmacht fol. 13. Vol. act. II. beygebracht hat, die Sache aber die sämmtlichen centpflichtigen Unterthanen des fürstlichen Amts K** angehet, worinne die Schuldheissen, ohne ein vorher erlangtes Syndicat, Beklagtem keinen zu Recht beständigen Austrag thun können; so ist zuvörderst auf bessere Legitimation erkannt worden.

Ob nun wohl hiernächst

Die Hauptsache belangend, beyde Theile darinne, das Beklagte, wenn ein unvermögender Verbrecher ausser dem Centboden ergriffen wird, gar keine Centkosten, im Fall er aber auf unstrittiger Cent ergriffen wird, alsdenn, wenn er sein Verbrechen mit einer Lebensstrafe büssen muß,

muß, die Centkosten zu übernehmen habe, einig sind; hingegen in dem Fall, da ein unvermögender Verbrecher in dem K**heimer Centbezircke ergriffen und nicht am Leben bestraft wird, Beklagte, die Centkösten zu entrichten, sich weigern; Kläger aber, daß in diesem Fall, der Fiscus von Beklagtem ebenfalls die Centkosten fordern könne, in seiner fol. 16. Vol. act. II. erhobenen Klage, annimt, und den Fiscum hierinne bey dem ältern und neuern Besitz zu schützen, fol. 122 *b* eor. act. bittet, auch zu Begründung seines Suchens, folgendes anführet:

1) daß in der Hennebergischen Gegend der Herrschaft die sämmtliche und allgemeine Cent, so weit sich der centbare Boden erstreckt, zustünde; unter dergleichen Cent aber nicht nur capital, sondern auch geringere Verbrechen begriffen wären; folgbar auch die Besitzer der centbaren Grundstücke die Centkosten, weil diese auf sothanen Grundstücken als eine dingliche Beschwerde hafteten und zu Bestreitung der auszuübenden Centgerichtsbarkeit entrichtet würden, in allen Fällen, es möchte der in der Cent ergriffene unbemittelte Missethäter am Leben, oder nicht am Leben bestraft werden, bezahlen müsten; bevorab da

2) nach dem Marginalattestate fol. 186 *b* Vol. II. die Centpflichtigen Unterthanen des Fürstlichen Amtes K** jährlich eine bestimmte Anzahl Centbrode an den jedesmaligen Amtsdiener abgäben, und

3) das Amt K** mit dem Amte F** und S** ehedessen zu einem Centsprengel, nämlich zu der grosen Cent zu F** gehöret hätte; in dem Amte F** aber, nach dem Marginalattestat fol. 20. Vol. II. desgleichen in dem Amte S**, nach den Documenten sub num. 1. 2. B. et 224 eor. act. die centpflichtigen Unterthanen so wohl in Capital, als Nichtcapitalverbrechen die Centkosten bezahlten; diese Observanz iuxt. doc. sub num. 2. fol. 225. Vol. act. II. auch in des fürstlichen Amts L** Hintergerichte anzutreffen wäre; und also, warum sich die centpflichtigen Unterthanen des Amts K** unter diesen Umständen, da sie doch mit den andern Hennebergischen Aemtern in allen gleiche Rechte hätten, von Bezahlung der Centkosten in mehr beregtem Fall ausnehmen wollten, sich nicht absehen liesse; zumal da

4) in der alten K** heimer Amtsbeschreibung num. 13 fol. 7. und der damit übereinstimmenden Nachricht vom Jahr 1659 Vol. sub A fol. 3 *b* num. 7) Worte: in peinlichen Sachen müssen die Unterthanen

 die

die Unkosten tragen: ausdrücklich enthalten: man aber durch das Wort peinliche Sachen, diejenigen, welche auf Haut und Haar gehen, oder, welche eine Todes oder Leibesstrafe mit sich bringen, folglich auch diejenigen, da der Verbrecher nicht am Leben bestraft wird, eigentlich verstehe q);

5) in der Verordnung vom 19den Junius 1730 fol. 28 act. sub B. daß die Untersuchungskosten, nach Proportion des Steuerfußes, auf das ganze Amt repartiret, und von selbigem getragen, und in der Verordnung von 17den April 1731 fol. 30 eiusd. act. daß diese Kosten von der Landschaftscasse einstweilen vorgeschossen und bezahlet, da hergegen zu Ende des Jahres, nach dem Steueranschlag, unter die Amtsunterthanen repartiret, nach Proportion ⅓ oder ¼ Steuer angesetzet, so fort diese, gleich andern Steuern, eingefordert, mithin, solchergestalt der Abgang in die Casse hinwieder ersetzt werden sollten, anbefohlen worden wäre; sowohl hierauf

6) nach dem Rescript unterm 26sten November 1737 fol. 34. act. sub I. dergleichen Kosten auf die Unterthanen ausgetheilet, und von ihnen bezahlet, auch

7) diejenigen, welche der Fiscus vorgeschossen, iuxt. fol. 145. Vol. act. 1. von ihnen restituiret worden wären; endlich

8) die K** heimer Centverwandten einen Theil der Untersuchungskosten im Jahr 1682 in einer, angeschuldigter Hexerey halber, über Margarethen Grobin, zu Oberweyd, die doch in Ermangelung anderer und stärkerer Anzeigungen, der Haft iuxt. fol. 34. act. sub K. wieder entlassen worden, erkannten Inquisition, bezahlet hätten; folgbar der Fiscus im Besitz solche zu erheben, sich befände, so wie im Gegentheil die Centverwandten zu deren Entrichtung verbunden wären; mithin, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen möchte:

D. a. u. d. die peinliche Halßgerichtsordnung Kayser Carls des Fünften die Bezahlung der peinlichen Unkosten, wenn der Verbrecher unbemittelt ist, nicht den Unterthanen, sondern der Obrigkeit aufbürdet; art. 47. 61. 154. 204 et 219.

dieses

q) *Const. Crim. art.* 177. CARPZOV in *prax. crim. part.* 3. *qu.* 102. *num.* 48. BERGER in *elect. iurispr. crim. cap.* 1. §. 7.

dieses auch der natürlichen Billigkeit vollkommen gemäß ist, masen die Obrigkeit, welche die hohe Gerichtsbarkeit auszuüben hat, nicht nur dadurch eine vorzügliche Ehre geniesset, sondern auch die Strafgelder oder Geldbussen einhebet, und derselben überdem, Theils die erblosen Güter r), Theils diejenigen, deren man sich unwürdig gemacht hat s), zu Bestreitung des bey dem Inquisitionsproceß vorkommenden Aufwandes überlassen werden; derjenige aber, dem die Vortheile einer Sache zustehen, auch die damit verknüpften Beschwerden zu übernehmen hat; so wohl die Unterthanen wegen des Vortheils, daß durch Bestrafung der Verbrechen die öffentliche Sicherheit erhalten, und das Land von bösen Leuten rein gehalten wird, schon Schoß, Steuren und andere Abgaben ihrer Obrigkeit zu entrichten pflegen, und dieserhalb nicht mit doppelten Kosten zu beschweren sind, bevorab da, im gegenwärtigen Falle, Beklagte schon die peinlichen Unkosten alsdenn, wenn ein unvermögender Verbrecher am Leben bestraft wird, zu entrichten sich nicht weigern; auch die Hennebergische Landesordnung t) den Unterthanen die Bezahlung der peinlichen Kosten nicht schlechterdings auferleget, sondern hierinn auf einer jeden Zent ihre Gewohnheit, wie es daselbst von Alters Herkommen, Acht zu haben anbefiehlet; Kläger aber die Gewohnheit der K** heimer Zent und den daher entstehenden Besitz des Fisci, in dem in Frage seyenden Fall, da nämlich der Verbrecher nicht am Leben gestraft wird, von den Centpflichtigen Unterthanen die Entrichtung der Centkosten fordern zu können, so wenig als einen dieserhalb mit den centpflichtigen Unterthanen eingegangenen Vertrag, darzuthun vermocht hat; masen ad 1) Kläger, daß auf den Grundstücken der Beklagten die Entrichtung der Centkosten als eine dingliche Beschwerde haftete, vermöge welcher dieselben solche in allen Fällen, es möchte der in der Cent ergriffene unbemittelte Missethäter am Leben oder nicht am Leben bestraft werden, zu bezahlen verbunden wären, nicht beygebracht hat, und solches daraus, daß in der Hennebergischen Gegend der Herrschaft die sämmtliche und allgemeine Cent zustünde, die sich so wohl über Capital als geringere Verbrechen erstreckte, sich nicht folgern läst, sondern nur dieses, daß die Unterthanen, welche zu der Cent gehören, centpflichtig, das ist, der Centgerichtsbarkeit unterwürfig sind, und also die Centobrigkeit so wohl ihre, als anderer Leute in dem

r) Sächs. Landr. *lib.* I. *art.* 28.

s) *lib.* 34. *tit.* 9. *D. de his, quae ut indign. auf.* CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 138. *num.* 45.

t) *part.* 4. *cap.* 1. *pag.* 222.

dem Centbezirck begangenen Capital- und Nichtcapitalverbrechen zu bestrafen befugt ist, unter sich begreift; dieserhalb nun auch ad 2), die jährliche Entrichtung der Centbrodte an den Amtsdiener, nur zu Anerkentnung der Centgerichtsbarkeit von den Centunterthanen zu geschehen pfleget u); ad 3) die obangezogene Hennebergische Landesordnung, nicht auf die Gewohnheit anderer Oerter, sondern desjenigen Ortes, wo die Frage vorkommt, zu sehen anbefiehlet; dieses auch der Sache völlig gemäß, indem zur Gewohnheit eines Ortes, daß daselbst, und nicht anderswo, mehrere übereinstimmige Handlungen rechtsverbindlich wiederhohlet worden, erforderlich ist; und dieserhalb von der Gewohnheit des einen Orts, auf den andern Ort füglich nicht geschlossen werden mag x); zumahl da wie die Erfahrung lehret, nicht selten die Gewohnheiten benachbarter Oerter, so unter einerley Herrschaft stehen, von einander verschieden sind; ferner ad 4) die angeführte Amtsbeschreibung sehr mangelhaft ist, in Erwägung daß man bey selbiger, weder die Nachricht, auf wessen Befehl, durch wen, aus was für Urkunden, zu welcher Zeit sie verfertiget, und ob sie höhern Ortes genehmiget worden, noch den Aufsatz, dessen in selbiger fol. 7*b* gedacht wird, antrift, auch die Arten der peinlichen Sachen, in welchen die Unterthanen die Unkosten tragen müßten, darinn nicht bestimmet worden sind; sowohl dieselbe fol 7 *b* mit den Worten: Wenn in dem Flecken Kaltennordheim, allwo mehr nicht denn 14 Centpflichtige Häuser und Güter, die auch an Gerichtskosten nicht höher besetzet werden, eine missethätige Person gefangen und justificiret wird, gehen die Kosten über die Herrschaft allein: Klägern in so weit entgegen ist, daß daraus sich abnehmen läßt, wasmasen die Sache, da Beklagte die Unkosten in Capitalfällen übernehmen, neuerer Zeiten anders eingerichtet worden seyn müsse; auch die Nachricht vom Jahr 1659 blos von einem Beamten, der hierbey gleichsam parthe yisch ist und ohnehin nur über solche Sachen, die vor ihm ausgeführet worden, ein Zeugniß geben kann y), herrühret, und der dahinter fol. 7. act. sub A befindliche Bericht von einer unbekannten und weder unterschriebenen noch sonst bezeichneten Person, in Abwesenheit des Beamten, abgefaßt worden ist; so wohl aus diesen

u) WEHNER in *obseru.* voc. Zent *pag.* 517. ENGAV in *elem. iur. crim. lib.* 2. §. 15. *num.* 4.

x) HEIGIVS *part.* 3. *qu.* 23. *num.* 10. CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 138. *num.* 72 *et* 73. BECK *prax. aur. de iurisd. super. cap.* 27. *obs.* 2. et 4.

y) BERGER in *oec. iur. lib.* 1. *tit.* 1. §. 19. *n.* 6. 7.

diesen mangelhaften Urkunden, als aus den Acten sub B. besonders fol. 1. b aus dem Unterschied des Anschlags, der Gerichtsgebühren, wenn solche die Herrschaft, und wenn sie die Centverwandten tragen, desgleichen fol. 13 a b aus den angehängten Auszügen der Amtsrechnungen, der Umstand, daß der Fiscus die Centkosten in mehrern Fällen übernehmen müssen und würklich übernommen habe, sich zu Tage leget; hiernächst, wenn auch die Centunterthanen jemals zum Abtrag aller und jeder Untersuchungskosten verbunden gewesen, diese Verbindlichkeit doch lediglich auf die Zeiten vor der Vertheilung der fürstlich sächsischen Hennebergischen Lande, da fol. 3 act. sub A. num. 5) der Amtsschreiber Grimm zu K** das K**heimer Erbcentgrafenamt von der gefürsteten Grafschaft Henneberg zu Lehn getragen, einzuschränken, und nicht auf die nachherigen Zeiten, da sothane Landesvertheilung geschehen, und gedachtes Erbcentgrafenamt eingezogen, und die damit verknüpft gewesenen ansehnliche jährliche Nutzungen dem Fisco zu K** zugeschlagen worden, auszudehnen seyn dürfte; in Betracht es sehr wahrscheinlich ist, daß, als der Fiscus die Revenüen des Centamts überkommen, er auch die Unterthanen nicht weiter in allen Fällen mit Bezahlung der Centkosten werde beschweret haben; wenigstens ein Nachkömmling des ehemaligen Centgrafens Grimms, daß, wie er von keiner andern Observanz Zeitlebens gehöret, als daß die Cent nur die Kosten in Capitalfällen, wenn der Inquisit nichts gehabt, zu tragen schuldig wäre, fol. 194 Vol. I. bezeuget; auch aus dem Rentherey bericht fol. 291. seq. Vol. I. sothane Veränderung sich daraus ergiebet, daß man vor der Hennebergischen Landesvertheilung in den alten Rechnungsmanualien die Rubric der Ausgabe auf nothpeinliche Rechtfertigung nicht findet, nach der Zeit aber, in den Fürstlichen Amts K**heimer Rechnungen durchgehends bey der Ausgabe die Rubric: auf nothpeinliche Rechtfertigung: anzutreffen ist; so wohl in den neuern Zeiten und Rechnungen ebenfalls verschiedene ausserordentliche Centkosten bezahlet worden sind; welches der Beklagten dermalige Befreyung von den qu. Centkosten, bevorab, da für ihnen ohnehin die natürliche Freyheit streitet, nicht wenig darthut, wenn man zumal erwäget, daß die Wölfische Untersuchung im Jahr 1694 wegen Fortschaffung eines Todtschlägers, auf Kosten des fisci geführet worden, und daß dasjenige, was die Inquisiten nicht bezahlen können, nach Abzug der angesetzten Canzley und Amtsgebühren, iuxt. fol. 67 act. sub M. in Amtsrechnungsausgabe verschrieben ist; nicht minder daß der Fiscus die auf die Fey- und Blochmannischen Weiber ingleichen die auf Heinrich Weidnern zu R**, wovon dieser auf einige Zeit, jene

aber auf ewig und mit Staupenschlägen des Landes verwiesen worden, gegangenen Kosten vorgeschossen; und obwohl diese Kosten so wohl, als die dißfallsigen Gerichtsgebühren das Amt mehrmals eintreiben wollen, ihm solches jedoch von der Regierung durch das Rescript vom 24sten October 1758 fol. 234 Vol. I. untersaget, auch nach dem Amtsberichte fol. 77. b et 145 Vol. I. unterblieben ist; auch ob zwar bey den noch mehrern Fällen, welche Beklagte für sich anführen, Kläger, daß der Missethäter ausser dem Centsprengel ergriffen, oder das Verbrechen ausser demselben begangen worden, eingewendet und zum Theil bescheiniget hat, folgbar selbige eigentlich hieher nicht gehören, dennoch selbst der Beamte in seinem Berichte, fol. 186 et 187. Vol. I. daß der Fiscus, nach den vorgefundenen Acten, die Centkosten etliche mal getragen, und die Unterthanen neuerliche Fälle, wo sie die Centkosten ausser den Halßverbrechen nicht getragen hätten, weshalb sie wohl dabey so lange, bis der Punct: ob die alte Amtsbeschreibung, wie andere zu selbiger Zeit in den Hennebergischen Landen gefertigte Urkunden, völligen Glauben hätten, zu schützen wären, einräumen müssen; auch ad 5) in sothanen Verordnungen den Beklagten nicht als Centunterthanen einige Centbeschwerden angesonnen sind, und überdem der Beamte in seinem Bericht fol. 193 b Vol. act. I. daß, so viel er erfahren und von andern gehöret, selbige in den dasigem Amte nicht zur Observanz gekommen wären, und die Schuldheissen sich immer der Centkosten, ausser Capitalfällen, geweigert hätten, gedenket; nicht minder ad 6) in dem Rescripte fol. 34 act. sub I. nur diese Worte: also kan man geschehen lassen, daß die moderirten Kosten, nunmehro auf die Centunterthanen nach dem Steuerfuß ausgeschlagen, und von denselben ebenfalls executive beygetrieben werden; befindlich sind, und daß die Centunterthanen das geringste bezahlet hätten, selbst nach dem Amtsberichte fol. 192 b Vol. act. I, sich nicht finden will; welches vermuthlich daher, daß die Centunterthanen vorhero in einem andern Rescripte fol. 25 act. sub. I. unterm 2ten August 1737 von den Inquisitionskosten, welche wegen der zwey Vagabunden Johann Heinrich Brückmanns und Johann Heinrich Witts aufgegangen, freygesprochen sind, gekommen ist; angesehen darinne, daß in solchen Fällen, da der Inquisit nichts im Vermögen hat, der Beamte keine Gebühren zu fordern, sondern als ein ohnedem besoldeter Diener seine Arbeit ex officio zu verrichten hätte, da hingegen die baare Auslage und Atzungskosten für Holtz, Bothenlohn und dergleichen aus dem Fisco bezahlet werden sollten, ausdrücklich anbefohlen worden ist; sodann ad 7) fol 145 Vol. act. I. das Gegentheil zu befinden,

finden, gestalten daselbst der Beamte, daß Heinrich Weider, nach ausgestandener Tortur, des Landes ewig verwiesen worden, und, weil die Sache, ob die centpflichtigen Unterthanen auch ausser Capitalfällen die Centkosten zu tragen schuldig, noch nicht ins Licht gesetzet wäre, er mit Eintreibung solcher Kosten noch angestanden hätte, berichtet; endlich ad 8) als in der Grobischen Untersuchung der Beamte in seinem Bericht fol. 36 Vol. sub K. auf ein, wiewohl unerwiesenes Herkommen sich bezogen und von der fürstlichen Regierung den Befehl, daß die centpflichtigen Unterthanen diese Kosten bezahlen müßten, sich ausgebethen, die fürstliche Regierung hierauf in der Mase: wie wohl nun nicht zu finden, wie ermeldeten centpflichtigen, da die Inquisitin am Leibe oder Leben nicht bestraft worden, die Entrichtung solcher Unkosten zuzumuthen, dieweil ihr aber euch auf das Herkommen beziehet, so begehren ꝛc. Wir hiermit, ihr wollet mehrbesagten Centpflichtigen andeuten, daß sie berührte Kosten bezahlen sollten, im Fall sie sich nun darzu gutwillig verstehen, hat es dabey sein Bewenden, widrigen Falls aber habt ihr derselben Einwenden, nebst eurem pflichtmäsigen Berichte, zu fernerer Verordnung einzusenden: unterm 16den Junius 1682 fol. 39 Vol. sub K. rescribiret hat; indessen davon, daß die Centunterthanen sothane Unkosten würklich bezahlet hätten keine überzeugende Nachricht in den Grobischen Untersuchungsacten zu befinden ist, angesehen die Randanmerkung fol. 39 *b* act. sub K. wegen Mangel des Jahres, des Tages und der Unterschrift, keinen Glauben verdienet z); auch daß die Centunterthanen, in sothanem Fall, welcher nicht peinlich gewesen, masen unter die nicht peinlichen Fälle alle Verbrechen, welche keine Todes oder Leibesstrafe, sondern nur eine Geld oder Gefängnißstrafe, oder auch die Landesverweisung nach sich ziehen, gehören a), die Unkosten sollten bezahlet haben, gar nicht zu vermuthen stehet; solchemnach, daß der Fiscus, nach dem Vorgeben des Klägers, sowohl in dem ältern als neuern Besitz die qu. Centkosten von Beklagten zu fordern, sich befinde, nicht dargethan hat; gleichwohl demselben das Petitorium vorzubehalten, und wegen der wahrscheinlichen Gründe, aus welchen er mit Beklagten diesen Proceß geführet, die Unkosten des Processes gegen einander zu compensiren, die Billigkeit erfordert: So ist demnach wie im Urthel enthalten, billig erkannt worden.

z) LEYSER *spec.* 71. *med.* 10. ENGAU *part.* 2. *decis.* 209. *num.* 2.

a) HERR BROKES in *select. observ. forens. obs.* 599.

CXXXII.

Rechtliches Gutachten

nach P** im April 1773.

Gerichtsunterthanen, welche, vermöge besonderer Gesetze, Verträge, oder rechtsverwährter Gewohnheit, die peinlichen Unkosten zu übernehmen verbunden sind, brauchen selbige nicht zu bezahlen, wenn der Missethäter begnadiget wird, oder das Verbrechen nicht unter den Gerichten, sondern auswärts begangen hat, oder, wenn er es auch unter den Gerichten begangen, dasselbe jedoch nur mit einer bürgerlichen Strafe, als Landesverweisung, Gefängniß- oder Geldstrafe beleget, oder wenn das peinliche Urthel gemildert und von der vorhin erkannten Peinlichkeit abgegangen wird.

Als Uns nachstehende Geschichtserzählung, nebst einer Frage, z. u. d. p. R. B. g. w. d. f. W. v. R.

Sind vor einiger Zeit bey den Hochreichsgräflich Flemmingischen Gerichten zu Posterstein, erstlich eine Weibesperson, Nahmens Naumannin, wegen einfachen Ehebruchs, ferner ein Mann, Nahmens Michael Bachman, wegen Diebstahls, und dann endlich ein Hirthe aus Heuckenwalda, Nahmens Johann Heuner, ebenfalls wegen Diebstahls in Untersuchung gewesen. Sollen nun die sämtlich Gräflich Flemmingischen Gerichtsunterthanen alle bey diesen dreyen Untersuchungen aufgelaufenen Unkosten zu tragen angehalten werden. Wird dahero gefraget:

Ob sothane Gräflich Flemmingische Gerichtsunterthanen die bey den vorbenannten dreyen Fällen aufgelaufenen Unkosten gänzlich, oder nur zum Theil, oder gar nicht zu tragen schuldig seyn?

Ob nun wohl das Postersteinische Erbregister unter der Rubric: Peinliche Kosten: folgende Worte: In Criminal und peinlichen Fällen, da Delinquenten am Leben oder mit Staupenschlägen, Landesverweisung und andern dergleichen Bestrafungen beleget werden, ingleichen in Fällen,

da

da sich Jemand selbst ums Leben brächte, müssen sie, nämlich die Unterthanen, wenn die Delinquenten nicht selbsten die Unkosten abführen, alle Henkers und andere auf den ganzen Proceß gehende Kosten ohne Zuthun des Gerichtsherrns tragen: in sich enthält; mithin, daß die Gräflich Flemmingischen Gerichtsunterthanen die bey den gedachten dreyen Fällen aufgelaufenen Unkosten gänzlich zu tragen schuldig sind, es das Ansehen gewinnen dörfte:

D. a. u. d. Quärenten in ihrer Erzählung gedacht, daß die Naumannin mit keiner in dem angezogenen Erbregister bestimmten Strafe beleget worden, sondern, ihrer kränklichen Umstände wegen, die Freyheit erhalten habe; in solchem Falle aber, wenn ein Delinquent begnadiget wird, die Unterthanen, welche sonst etwa zur Entrichtung der peinlichen Unkosten verbunden sind, damit verschonet werden müssen b); gestalten die peinlichen Unkosten eine mit der peinlichen Gerichtsbarkeit verknüpfte Beschwerde sind, welche dahero der Gerichtsherr selbst zu tragen hat, und solche den Unterthanen in andern Fällen, als in welchen besondere Gesetze, Verträge oder rechtsverwährte Gewohnheit sie dazu verbinden, nicht aufbürden mag c); bevorab da im dermaligem Falle noch der Umstand vorhanden, daß die Naumannin nicht in den Gräflich Flemmingischen Gerichten den Ehebruch begangen hat, sondern unter selbigen nur ergriffen worden, und sothanes Erbregister eingeschränckt von Delinquenten, nämlich von solchen Personen, die unter den Gerichten etwas verbrochen haben, zu verstehen, und also nicht auf auswärtige Verbrecher zu erstrecken ist d); hingegen obschon der Delinquent Bachmann nur mit einer zeitlichen Zuchthaußstrafe beleget worden, und der Delinquent Heuner zwar nach dem eingelangten Urthel mit dem Strange vom Leben zum Tode gebracht werden sollen, von Ihro Herzoglichen Durchlaucht aber mit Lebenswieriger Zuchthaußstrafe begnadiget worden; diejenigen Verbrechen und Strafen aber, welche etwas dem Leibe peinliches, als den Verlust des Lebens, den Staupenschlag, die Abhauung der Hand zu

 wege

b) HEIGIUS *part.* 2. *qu.* 23. *num.* 11. CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 138. *num.* 76. BEIER *de expens. exec. crim. cap.* 11. §. 13. BECK in *praxi aurea de iurisd. super. cap.* 27. *obs.* 5.

c) *C. C. C. art.* 204 und 219. Altenb. Landordn. *part.* 2. *cap.* 4. *tit.* 6. am Ende. CARPZOV *l. c. qu.* 138. *num.* 39. BEIER *l. c. cap.* 11. §. 13. *num.* 531. BECK l. c. *cap.* 27. *obs.* 1. 2.

d) REINHARD. *de expens. crimin.* §. 37. BOEHMER ad CARPZOV. *pract. rer. crim. qu.* 138. *obs.* 8.

wege bringen, eigentlich nur für peinlich geachtet e); und daher auch nur diejenigen Unkosten, welche man auf die Untersuchung solcher peinlichen Verbrechen und deren Bestrafung wendet, in eigentlichem Verstande nur für peinliche Unkosten gehalten werden f); mithin die zu peinlichen Unkosten verbundenen Unterthanen bey solchen Verbrechen, welche nur mit einer bürgerlichen Strafe belegt sind, nämlich wodurch keine sonderliche Marter oder Pein dem Delinquenten zugezogen, noch derselbe am Leibe oder Leben gestraft, sondern nur mit Landesverweisung, Gefängniß oder an Gelde bestraft wird g), die darauf verwandten Unkosten zu entrichten nicht schuldig sind h); und dieses auch alsdenn, wenn ein peinliches Urthel gemildert und von der vorhin erkannten Peinlichkeit abgegangen worden, Statt findet i); dennoch obgedachtes Erbregister unter den peinlichen Fällen, nicht blos da Delinquenten am Leben oder mit Staupenschlägen, sondern auch ausdrücklich, da selbige mit Landesverweisung und andern dergleichen Bestrafungen, folgbar auch mit Zuchthaußstrafe beleget werden, anzeiget; solchemnach die Gräflich Flemmingischen Unterthanen auch in solchen Fällen, wenn anders der Gültigkeit des Erbregisters nichts entgegen stehet, die Unkosten zu übernehmen haben; jedoch in dem Erbregister die Bedingung, wenn die Delinquenten nicht selbst die Unkosten abführen, angehänget worden ist; nach sächsischen Rechten aber ein Delinquent oder dessen Erben nur alsdenn, wenn er am Leibe oder Leben gestraft worden, von den Unkosten frey ist k), und solche die Obrigkeit, welche den Proceß wider den Delinquenten geführet, Amtshalber, oder, Falls selbige es wider die Unterthanen auf rechtliche Art hergebracht hat, diese solche tragen müssen l); ausserdem aber wenn ein Verbrecher mit keiner Leibes oder Lebensstrafe belegt, oder dieselbe in eine gelindere Strafe von dem Landesherrn verwandelt worden, wie dermalen das erstere bey

e) *C. C. C.* 177. 178. 197. Sächsisch. Landrecht *lib. I. art.* 32. CARPZOV im Inquisitions- und Achtsproceß *tit.* 2. *art.* 1. §. 1.

f) CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 138. *num.* 74.

g) CARPZOV in Inquisit. und Achtsproc. *tit.* 2. *art.* 1. §. 2. COLER *part.* 1. *decis.* 22. *num.* 2.

h) CARPZOV in *pract. rer. crim. qu.* 138. *num.* 74. BEYER *l. c. cap.* II. §. 13. *num.* 532.

i) BROKES in *sel. obs. for. obs.* 600.

k) Gloße zum Sächs. Landr. *lib.* 2. *art.* 35. *num.* 4. und *lib.* 3. *art.* 45. *num.* 4. *Const. elect. Sax.* 12. *part.* 4. CARPZOV. in *pract. rer. crim. qu.* 138. *num.* 6. u. f. in Inquis. und Achtsproc. *tit.* 14. *art.* 1. §. 2.

l) CARPZOV in Inquisit. und Achtsproceß *tit.* 14. *art.* 2. §. 2.

bey Bachmannen und das letztere bey Heunern sich zugetragen, er die Unkosten, wenn er Vermögen hat, selbst abzustatten pflichtig ist m); und Quärenten in ihrer Geschichtserzählung angeführet, daß Bachmann ein Hauß eigenthümlich besitze: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die Gräflich Flemmingischen Unterthanen mit den Unkosten, welche auf die Untersuchung des von der Naumannin begangenen Ehebruchs aufgegangen, bewandten Umständen nach, billig zu verschonen seyn, und von denselben die Unkosten der Inquisition des Bachmanns und Heuners nur in so ferne, als solche aus sothaner Verbrecher eigenem Vermögen nicht zu ersetzen sind, eingebracht werden mögen. V. R. W.

CXXXIII.

Rechtliches Gutachten

nach H** im October 1769.

Wenn bey einem Verbrechen ein Dritter an dem Aufwande der Untersuchungs und peinlichen Kosten, so der Missethäter selbst zu bezahlen nicht vermag, Schuld ist, so muß selbiger dafür haften, ohne daß solche Kosten demjenigen, der sonst dieselben zur Hülfe zu tragen schuldig ist, aufgebürdet werden mögen.

Als uns nachstehende Geschichtserzählung, nebst dreyen Fragen, zugeschicket und darüber unsere Rechtsbelehrung gebethen worden, demnach sprechen wir vor Recht.

Ist in der Stadt H** ein Gerücht entstanden, daß des Herrn W. F** Dienstmagd schwanger sey, wovon selbst der Secretär des geistlichen Untergerichts besagter Stadt in einem Bürgerhauße gesprochen. Haben auch die beyden Hebammen besagter Stadt, bey denen die erwehnte Dienstmagd sich zur Besichtigung angegeben, nicht nur derselben, wie sie schwanger sey, ins Gesicht gesaget, sondern auch deren Beichtvater ihre Schwangerschaft angezeiget, welcher die schwangere Magd vom Beicht-

m) CARPZOV in Inquisit. und Achts. proc. tit. 14. art. 1. §. 5. WERNHER in sel. obs. for. tom. I. part. 3. obs. 52.

Beichtstuhl abgewiesen, und seinem Ephoro und Beysitzer des geistlichen Untergerichts davon die Anzeige gethan. Hat aber das geistliche Untergericht die angezeigte und in der Stadt ruchbare Schwangerschaft nicht untersucht. Haben auch die Töchter des Herrn W. F** ihre Magd, der angeschuldigten Schwangerschaft halber, defendiret, und die Hebamme, wenn sie in ihr Hauß, die Magd zu visitiren, kommen würde, zu schlagen gedrohet, ja so gar auf den Beichtvater der Magd, Hr. Diac. P**, gescholten, daß dieser die Magd, welche nicht schwanger sey, von dem Beichtstuhl abhielte. Hat nun das Gerüchte von der Magd Schwangerschaft fortgedauret und ist von der verpflichteten Hebamme der verpflichtete Amtsbothe ersuchet worden, bey Hr. Rath F**, als erstern Beysitzer des geistlichen Untergerichts, zu betreiben, daß sothane Schwangerschaft untersuchet würde, indem die schwangere Magd ihr sehr verdächtig vorkomme. Ist aber dem ohnerachtet die Untersuchung unterblieben, und die mehrgedachte Magd ohngefehr 9 Wochen nachhero, von der Zeit an, da sie sich, der Schwangerschaft halber, visitiren lassen nnd von dem Beichtstuhl abgewiesen worden, heimlich mit einem Kinde niederkommen und hat solches in ihres Dienstherrn, des W. F**, Keller im Sand verscharret, auch sogleich ihre Arbeit wieder verrichtet. Ist hierauf, den dritten Tag nach der Entbindung, da die Magd nahe am Stadtthore ihre Verrichtungen abwartete, und der Hr. R. F., nebst dem verpflichteten Amtsbothen, derselben im Vorbeygehen gewahr worden, letzterm bey deren Erblickung eingefallen, was von der Magd in der Stadt geredet werde, und was ihm die verpflichtete Hebamme ohngefehr 10. Tage vorher gesagt und dabey gebeten hatte; welches der Amtsbothe dem Hr. R. F. als dieser eben auf das geistliche Untergericht zu gehen im Begriff war, erzählet; worauf der Hr. R. F. als selbiger auf das geistliche Untergericht kam, und die vorgeladenen Partheyen noch nicht erschienen waren, den Antrag dahin gethan; damit wir nicht vergeblich beysammen seyn, wollen wir die Magd des W. F. vornehmen; wie dann auch selbiger die Magd, nebst der verpflichteten Hebamme herbey fordern ließ, da dann, daß selbige vor ohngefehr 3. Tagen ein Kind gehabt, sich veroffenbarte, das Kind in des W. F. Keller gefunden und mit der Untersuchung verfahren wurde; worbey die Magd angegeben, wie ihr gewesener Dienstherr W. F. dann der A. H. ihr das Kind zur Welt gebracht und solches getödtet hätten; welches sie auch nachhero unter der Tortur erhärtet; weßhalb wider den Dienstherrn, dessen Eheconsortin und älteste Tochter, auch den

den A. H. mit personal Arrest verfahren und selbige mit der Inquisitin confrontiret, dermalen aber von ihnen die Defension geführet worden, hat immittelst die Inquisitin von dem Landknecht und dessen Bruder sich abermahl schwängern lassen, und ist dieserhalb sowohl als sonst die Inquisition auf 3 Jahr 7 Monath bisher verzögert worden, da man endlich die Acten, zu Einholung eines Urthels verschicket hat; worzu von der Stadt H. nicht nur die Transmißions- sondern auch sämtliche Inquisitionskosten gefordert worden; hingegen die Stadt H. zu deren Erlegung sich um deshalb nicht verbunden glaubet, weil selbige bey den in ihrem Weichbilde sich ereigneten Centfällen die Kosten nur in subsidium, wann entweder die Inquisiten, oder deren Complicen, und diejenigen, welche Schuld an der Inquisition sind, nichts haben; auch dem Rath bey der jetzo entstandenen Untersuchung um so weniger etwas zur Last zu legen, als selbiger Niemanden zum Bürger, oder Schutzverwandten annimmt, der nicht genugsame Sicherheit stellet, woran der Stadtrath bey einem sich zutragenden Centfalle sich erholen kann; und bey dem dermaligen Centfalle die besondern Umstände sind, daß selbiger zwar in einem bürgerlichen Hauße der Stadt H** sich zugetragen, solches aber der Hr. W. F** der seine Wohnung ausser der Stadt hat, blos seiner Gemächlichkeit halber, etliche Jahre vor ausgebrochener Schwangerschaft seiner Magd bewohnet hat; auch gedachter Wildmeister, als ein fürstlicher Diener, nicht unter der Stadt H** stehet; mithin der Rath, daß er seine Magd, weil sie gegen die Mannspersonen sehr frech sey, und mit dessen Sohne Hurerey treibe, abschaffen, oder ihrer Schwangerschaft halber auf sie Achtung geben möge, ihm nicht befehlen können. Dahero dann folgende Fragen entstehen:

1) Ob nicht der Hr. W. F** die *expensas tam processus criminalis, quam criminales* der von seinem Sohne geschwängerten Magd tragen müsse?

2) Ob nicht wenigstens derselbe und Herr A. H als Coinquisiten von der Zeit ihres Personalarrestes an bis nach Publication des auf ihre Defension eingehohlten Urtels die Kosten zu tragen schuldig?**

3) Ob nicht das geistliche Untergericht der Stadt H wegen dessen Saumseeligkeit bey der Untersuchung des Hr. W. F** Magd**

Aaa aaa Schwan-

Schwangerschaft sämmtliche *expensas tam processus criminalis, quam criminales* zu ersetzen gehalten sey?

Ob nun wohl, so viel die erste Frage betrift, die aus einer Handlung erwachsenen Schäden derjenige billig tragen muß, der durch seine unerlaubte That zu selbigen die Veranlassung gegeben hat n); in dem vorliegendem Falle aber des W. F** Sohn durch die uneheliche Schwängerung seines Vaters Dienstmagd, mithin durch seine unerlaubte Handlung die erste Veranlassung zu der Niederkunft und den daher erfolgten Kindermord, auch dieserhalb entstandenen Inquisition gegeben hat; so wohl gedachten W. F** Töchter die Magd gegen das ihrer Schwangerschaft halber gegangene Gerüchte defendiret und auf den Beichtvater, daß er die Magd, welche doch nicht schwanger sey, von dem Abendmal abhalte, gescholten, und sogar die Hebamme, wenn sie, die Magd zu visitiren in ihr Hauß kommen würde, zu schlagen gedrohet, und solchergestalt die Schwangerschaft der Magd zu verheimlichen, dem Ansehen nach, bemühet gewesen; mithin ebener masen zu den nach der Zeit erwachsenen Folgen Anlaß gegeben haben; dahero daß der W. F** vor die aus seiner Kinder unerlaubten Handlungen entstandene Schäden zu haften, folglich die expensas criminales et processus criminalis zu bezahlen gehalten sey, es scheinen will:

D. a. u. d. vor den aus den Folgen einer Handlung erwachsenden Schaden einer nur in so weit zu haften hat, als die Folgen entweder mit der Handlung untrennbar verknüpfet sind, oder daß sie entstehen werden, sich leichte voraus sehen lassen o); in dem vorliegenden Falle aber die Tödtung des in Unehren erzeugten Kindes weder eine untrennbare Folge der uneheligen Schwängerung, noch daß solche aus der Schwängerung erfolgen werde, sich voraus sehen lassen; also dem Sohne des W. F**, Falls selbigem bey der von der Mutter unternommenen Tödtung ihres Kindes kein dolus oder culpa beygemessen werden kann; der Mord des Kindes so wenig, als die dem Rath zu H** daraus erwachsenden Schäden zur Last fallen mögen; sodann des W. F** Töchtern, des erfolgten Kindermords halber, ebener masen nichts beyzumessen ist, masen, wann gleich selbige, dem Anführen nach, ihre Magd, daß sie nicht schwan-

n) Nam qui occasionem praestat damno, illud fecisse videtur *l.* 30. §. 3. *D. ad leg. Aquil.* o) *l.* 30. §. 3. et 4. *D. ad leg. Aquil.*

schwanger sey, defendiret, und die Hebamme, wenn sie die Magd zu visitiren ins Hauß kommen würde, zu schlagen gedrohet, auch auf den Beichtvater, weil er die Magd vom Beichtstuhl abgehalten, gescholten haben sollen, dennoch daraus, daß die F**ische Töchter zur Ertödtung des Kindes die Gelegenheit gewesen, sich mit Grunde nicht behaupten läst, da eines Theils, daß die F**ischen Töchter die Schwangerschaft ihrer Dienstmagd gewußt, also in böser Absicht selbige wider die angeschuldigte Schwangerschaft defendiret haben, nicht zu ersehen ist, andern Theils die Magd ganzer 9 Wochen vor ihrer Niederkunst sich bey den Hebammen zur Beaugenscheinigung vorgestellet, diese sie vor schwanger erkläret, und dem Beichtvater davon Nachricht gegeben haben; also daß durch die vorbeschriebenen Handlungen der Töchter des W. F** die Schwangerschaft der Magd verheimlichet und dadurch zum Kindermorde Gelegenheit gegeben worden, keinesweges gesaget werden kann; überhaupt auch ein Vater vor die Vergehungen seiner Kinder, woferne ihm selbst keine Schuld beyzumessen ist, nicht zu haften hat: So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß Hr. W. F** die *expensas tam processus criminalis quam criminales* der von seinem Sohne geschwängerten Magd zu tragen nicht schuldig sey.

Sodann die zweyte Frage anlangend:

Obwohl die Hauptinquisitin, wie das von ihr gebohrne Kind nicht sie, sondern der W. F** und A. H** getödtet habe, ausgesaget, auch diese ihre Aussage unter der Marter erhärtet hat; und dann nicht nur in der peinlichen Gerichtsordnung Kayser Carl des Fünften deutlich versehen, daß, wann ein überwundener Mißethäter Jemanden, der ihm zu seiner Missethat geholfen, im Gefängniß benennet, daraus ein genugsamer Verdacht wider den Besagten entstehen solle, sondern auch der W. F** und A. H** der angeschuldigten Missethat dergestalt verdächtig worden, daß man gegen sie mit der Inquisition und Confrontation würklich vorgeschritten ist; die Rechtslehrer aber der Meinung sind, daß, wenn jemand aus einem hinreichenden Verdachte zur Untersuchung gezogen worden, obgleich nachher er absolviret würde, ihm dennoch die Unkosten zuerkannt werden müsten; woraus denn, daß Hr. W. F** und Hr. A. H** die expensas processus criminalis wenigstens von der Zeit ihres Personalarrestes an, bis nach Publication des auf ihre Defension eingeholten Urthels zu tragen schuldig seyn, sich behaupten lassen dürfte:

D. a. u. d. die blosse von einem Missethäter herrührende Anschuldigung, wann solche nicht durch andere Anzeigen unterstützet wird, gegen den Angeschuldigten keinen genugsamen Verdacht erwecket p); auch dergleichen Anschuldigung, wenn schon solche unter der Marter geschehen, anderer Gestalt in keinen Betracht kommen mag, als wenn dabey sämmtliche in dem Artikel 31 der peinlichen Gerichtsordnung bestimmte Erfordernisse vorhanden sind; diese aber bey der Hauptinquisitin ermangeln, in Betracht selbige, daß sie ihr Kind getödtet habe, und eine überwundene Missethäterin sey, nicht auf sich kommen läst, sondern durch ihre Anschuldigungen das Verbrechen von sich ab- und auf andere bringen will; dergleichen Anschuldigung aber, wodurch einer sich selbst loßzuwickeln sucht, gar keinen Glauben verdienet, wann zumalen, wie im vorliegenden Falle geschehen, ein Missethäter sowohl vor, als nach der Marter verschiedentlich sein Angeben widerrufen hat, und derselbe gegen die angeschuldigten Personen einen Widerwillen heget, dessen ganzes Vorgeben an sich unwahrscheinlich, dabey die Zeit unrichtig angegeben ist, und die Angeschuldigten dergleichen Personen nicht sind, zu denen man sich der angeschuldigten That versehen könnte; und, wann gleich Hr. W. F** und Hr. A. H** sich zum Arrest bringen, gerichtlich vernehmen und mit der Inquisitin confrontiren lassen müssen, dennoch hieraus zur Vertheilung in die Unkosten kein rechtlicher Grund hergeleitet werden kann, vielmehr, wann gegen selbige ausser der blossen Inculpation sonsten kein Verdacht vorhanden, oder von ihnen etwas unerlaubtes, oder unvorsichtiges nicht zu Schulden gebracht worden, selbige zu Bezahlung der Unkosten nicht angehalten werden mögen q) So sind Wir des rechtlichen Dafürhaltens daß W. F** und A. H** die *expensas criminales et processus* von der Zeit ihres Personalarrestes an, bis nach Publication des auf ihre Defension eingehohlten Urthels, wofern sie nicht einer bey der Sache ihnen zur Last fallenden unerlaubten oder unvorsichtigen Handlung überwiesen worden, zu tragen nicht schuldig.

Endlich

p) Nuda inculpatio socii criminis absque omni alia praesumtione, nec ad procedendum, nec ad inquirendum indicium facit. CARPZOV *pr. crim. quaest.* 108. *n.* 58.

q) Si inquisitus pure absoluitur, ille regulariter quoque ab expensis absoluitur, nisi factum illicitum vel culpa ei imputari possit. BOEHMER *de expens. crim. c. III.* §. 13. BRUNNEMANN *decis.* 38. *n.* 2.

Endlich auf die dritte Frage zu kommen:

Obwohlen ein jeder, der die Erfüllung seiner Pflichten verabsäumet, die aus solchem Versäumnis dem andern erwachsenen Schäden und Kosten zu ersetzen gehalten ist; und dann das geistliche Untergericht zu H** ohnerachtet das Gerüchte von des W. F** Magd Schwangerschaft 9 Wochen vor der Niederkunft sich verbreitet, der Secretair dieses Gerichts selbst darvon gesprochen, die Hebamme der Magd Beichtvater und dieser seinem Ephoro, einem Beysitzer des geistlichen Untergerichts, die Schwangerschaft angezeiget, auch die Hebamme den Amtsbothen, daß dieser den Herrn R. F** um Vornehmung der Untersuchung erinnern möge, gebeten, in der Sache nichts vorgenommen, sondern mit der Untersuchung so lange verzögert hat, bis die Magd bereits das Kind gebohren und dasselbe getödtet gehabt; diesem Unglück aber vorgebeuget werden können, wann das geistliche Untergericht, wie seine Pflicht gewesen, in Zeiten die Magd vorgefordert und selbige besichtigen lassen; dahero, daß der Stadtrath zu H** den ihm durch die Saumseeligkeit des geistlichen Untergerichts, wegen der Inquisitionsunkosten zuwachsenden Schaden von dem geistlichen Untergericht ersetzt verlangen könne, es scheinen will:

D. a. u. d. aus den in der Geschichtserzählung angeführten Umständen mit Zuverlässigkeit sich nicht abnehmen läßt, daß das geistliche Untergericht zu H** von der Schwangerschaft des W. F** Dienstmagd genugsame Nachricht gehabt habe, mithin ein Saumsaal zu Schulden kommen lassen; masen eines Theils, das blöse Gerücht zu Unternehmung einer Untersuchung nicht allemal hinreichend ist r), andern Theils daß dem geistlichen Untergericht von dem unter den Einwohnern gehenden Gerüchte glaubhafte Nachricht zugekommen sey, ebenmasen nicht zu ersehen; und wenn gleich der Secretair dieses Gerichts von der Magd Schwangerschaft gesprochen, auch ein Beysitzer des geistlichen Gerichts und der Amtsbothe durch die Anzeige der Hebamme von der Magd Schwangerschaft Wissenschaft erhalten haben, dennoch daraus dem geistlichen Untergericht mit Zuverlässigkeit eine Saumseeligkeit sich nicht beymessen läßt; da dasjenige, was von einem einzelnen Mitgliede oder den Subalternen eines Collegiums geschiehet, dem ganzen Collegio nicht sogleich zur Last zu legen ist, dahin-

 gegen,

r) quia fama vt plurimum fallax, falsa et mendax est. CARPZOV quaest. 120. n. 20. ibique allegati autor.

gegen, Falls würklich dem ganzen Collegio eine Verabsäumung ihrer Amtspflichten mit Grunde zur Last geleget werden könnte, selbiges von den aus der Nachlässigkeit dem Stadtrathe zu H** erwachsenden Schaden zu haften haben würde s): So gehet unsere rechtliche Meinung dahin, daß zwar die in der Geschichtserzählung angeführten Umstände keinesweges hinreichend sind, dem geistlichen Untergerichte die Ersetzung der *expensarum processus criminalis et criminalium* aufzubürden, wohl aber dasselbe hierzu gehalten seyn würde, wenn dessen Saumseeligkeit aus mehrern und bessern Gründen bewiesen werden könnte. V. R. W.

CXXXIIII.

Rechtliches Gutachten

nach S** in October 1772.

1. Der Erbe eines Ermordeten ist dem Richter, oder, Statt dessen, den Unterthanen, welche die Inquisitions- und peinlichen Rechtfertigungskosten ausgeleget, zu erstatten nicht gehalten, wofern ihm dieses nicht durch ein besonderes Landesgesetz, dergleichen in der Fürstl. Sächs. Altenburgischen Landesordnung *part. 2. cap. 4. tit. 6.* anzutreffen ist, auferleget wird.
2. Was in diesem letzten Fall von den Unterthanen, der ausgelegten Inquisitions- und peinlichen Rechtfertigungskosten halber, für eine Klage anzustellen, und
3. wie diese Klage einzurichten ist.

Als Uns nachstehende Geschichtserzählung nebst dreyen Fragen mit einem Stückgen Privatacten z. u. d. u. (Rb. g. w. d. s. w. v. R.

Ist die verwittibte Anne Barbara Etzdorfin von ihres verstorbenen Bruders Tochtermann Hanß Georg Haynen getödtet, und er deshalb durchs Schwerd vom Leben zum Tode gebracht worden. Haben die diesfalsigen Inquisitionsproceß- und peinlichen Rechtfertigungs, wie auch Defensions-

s) *l. 30. §. 3. et 4. D. ad leg. Aquil.*

fensionskosten, besage der Haynischen Inquisitionsacten fol. 113. Vol. II. eine Summe von 265 fl. 11 gr. 10 pf. betragen. Hat die Saalfeldische Bürgerschaft dieses Geld durch einen von dem Stadtrath angelegten Einviertel Geschoß bezahlen müssen. Haben aber die Freunde der entleibten Etzdorfin sich dieser ihres ansehnlichen Nachlasses von etlichen tausend Thalern als Erben angemasset und verlanget die Saalfeldische Bürgerschaft von sothanen Etzdorfischen Erben die Wiederbezahlung solcher aufgewendeten Kosten, deren sich aber die Etzdorfischen Erben weigern. Entstehen dahero folgende Fragen:

1) Ob der entleibten Etzdorfin Erben solche auf 265 fl. 11 gr. 10 pf. sich belaufende Haynische Inquisitions-Defensions- und peinliche Rechtfertigungskosten zu tragen und solchergestalt der Saalfeldischen Bürgerschaft selbige zu ersetzen schuldig?

2) Was diesfals für eine Klage zu erheben? und

3) wie solche Klage einzurichten sey?

Ob nun wohl, die erste Frage belangend, 1) es unbillig zu seyn scheinet, wenn die Erben eines Getödteten, annoch über dessen Verlust den Schaden haben und für den Todschläger die Unkosten bezahlen sollten; sodann 2) die Verordnung des römischen Rechtes, nach welcher die Erben eines Getödteten, dessen Erbschaft, wenn sie seinen Tod nicht zu rächen suchen, als unwürdige verlustig werden t), heutiges Tages nicht im Gebrauch ist, sondern die Erben des Getödteten dadurch dessen Tod genugsam rächen, daß sie der Obrigkeit, über den Todschläger den Inquisitionsproceß zu verhängen und selbigen nach Verdienst zu bestrafen, überlassen u); folgbar den Erben des Getödteten dieser Proceß und also auch die darauf verwandten Kosten nichts angehen; und ob zwar 3) der angezogene CARPZOV. in prax. crim. qu. 34. num. 90. ingleichen qu. 138. num. 68. dafür hält, daß wenn der Entleibte ein beträchtliches Vermögen hinterläßt, dessen Erben alsdenn von diesem Vermögen die Gerichts- und andere Unkosten, so bey der Inquisition aufgewendet werden müssen, zu erstatten schuldig wären, dennoch andere mit weit mehrerm Grunde der Meinung

t) *l. 17. D. de his quib. vt indign. l. 9. l. 15. l. 22. D. ad Sct. Silan.*

u) CARPZOV *in prax. crim. qu. 34. num.* 74. 75. 82. und 83.

Meinung sind, daß der Erbe des Getödteten dem Richter, oder, Statt dessen, den Unterthanen, welche die Unkosten ausgeleget, zu erstatten nicht gehalten sey x); mithin, daß der entleibten Etzdorfin Erben die in Frage gebrachten Kosten zu tragen und also auch dieselben der Saalfeldischen Bürgerschaft zu ersetzen nicht schuldig seyn, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. in der Fürstlich sächsisch Altenburgischen Landesordnung part. 2. cap. 4. tit. 6. folgendes Gesetz: und seynd des Entleibten Erben schuldig wider den Todtschläger, derselbe sey in Haften oder flüchtig, mit gehöriger Anklage und fernern Processen auf peinliche Bestrafung, oder die Acht zu verfahren, oder da sie, an Statt Anstellung dergleichen Processe, die Sache der richterlichen Inquisition oder fiscalischen Anklage untergeben wollen, doch den hierzu gehörigen Verlag zu thun, alles bey Verlust des Entleibten hinterlassener Erbschaft: wörtlich enthalten ist; man auch dieses Gesetz in dem dermaligen Falle um so mehr zur Anwendung zu bringen hat, da die entleibte Etzdorfin ein ansehnliches Vermögen von etliche tausend Thalern hinterlassen hat, und die angezogene Landesordnung am erwehnten Orte nur alsdenn, wenn der Entleibte nichts, davon der Verlag zu nehmen wäre, verliesse, die Erben von sothaner Verbindlichkeit freyspricht; diesem nun auch die Zweifelsgründe nicht entgegen stehen, masen ad 1) in einer Collision es billiger ist, daß eher ein Anverwandter, als ein Fremder für Jemanden die Kosten bezahlen, zumahl da in dermaligem Falle besonders der Umstand hinzukommt, daß, nach Aussage Johann Georg Jahns, Martin Frieder. Heinolds und Johann Andreas Franken fol. 13, 14 *b* und 18 *b* seq. der Haynischen Inquisitionsacten, die entleibte Etzdorfin, welchergestalt ihre Freunde zu Gerndorf ihr immer nach dem Leben trachteten und sie befürchtete, selbige würden sie einmal todschlagen, sich zum öftern verlauten lassen; auch ad 2) der Inhalt gedachter Landesordnung mit ausdrücklichen Worten das römische Recht in dieser Sache bestätiget, und also, daß selbiges heutiges Tages darinne nicht im Gebrauch sey, sich von dasigen Landen nicht behaupten läßt; und obgleich mehr gedachte Landesordnung den Erben,

x) IVST. HENN. BOEHMER in diss. *de expens. crim. cap.* 2. §. 4. WERNHER *part.* 1. *obs.* 156. IO. SAM. FRIED. BOEHMER. *obs.* 5. *ad* CARPZOV. *qu.* 34. und *obs.* 7. *ad* CARPZOV. *qu.* 138.

ben, Statt des Anklageprocesses, die Sache der richterlichen Inquisition zu untergeben verstattet, dieselbe dennoch den Erben, dem ungeachtet, den hierzu gehörigen Verlag zu thun, auferleget; und also ad 3) die Erben sich dessen mit Recht nicht weigern mögen, gestalten die angezogene dem Carpzov entgegen stehende Meinung nur von dem Fall, da an einem Orte durch besondere Gesetze oder Gewohnheiten nicht ein anderes eingeführet worden, zu nehmen ist; übrigens aber man unter dem in mehrberegter Landesordnung gebrauchten Worte: **Verlag**: die Defensionskosten füglich nicht mit verstehen mag: So sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß der entleibten Etzdorfin Erben die auf 265 fl. 11 gr. 10. pf. sich belaufenden Haynischen Inquisitions- Defensions- und peinlichen Rechtfertigungskosten, nach Abzug der Defensionskosten, zu tragen, und solchergestalt der Saalfeldischen Bürgerschaft zu ersetzen schuldig.

Obwohl, die zweyte Frage betreffend, die Saalfeldische Bürgerschaft, wie bey der vorigen Frage dargethan worden, durch Entrichtung der gedachten Inquisitionskosten etwas aus Irrthum bezahlet, wozu sie nicht verbindlich gewesen; mithin daß selbiger wider die Etzdorfischen Erben die condictio indebiti zuständig sey, es scheinen möchte:

D. a. u. d. die Saalfeldische Bürgerschaft sothane Unkosten nicht an die Etzdorfischen Erben, sondern an den Stadtrath bezahlet, und die condictio indebiti als eine persönliche Klage, wider einen Dritten, mit dem man gar kein Geschäfte gehabt, nicht Stadt findet y); und obgleich, dem Ansehen nach, der Bürgerschaft, weil sie durch Bezahlung solcher Unkosten nicht die Absicht, die Etzdorfischen Erben zu verbinden, gehabt, auch die actio negotiorum gestorum contraria nicht zustehet z), und das nicht schuldige Geld, welches man aus einer Unwissenheit der Rechte bezahlet hat, nicht zurückgefordert werden kann a), dennoch die Gesetze in solchem Fall, da Jemand in der Meinung gestanden, daß er sein eigenes Geschäfte führe, welches gleichwohl einem andern angegangen, aus billiger Erweiterung ebenfalls die actionem negotiorum gestorum oder actionem in factum verstatten b); und denenjenigen, welche sich in dem Rechte geirret haben, alsdenn,

y) arg. *l.* 81. §. 1. *D. de contrah. emt.*

z) *l.* 14. §. 1. *D. comm. divid.*

a) *l.* 10. *C. de iur. et fact. ignor.*

b) *l. fin. D. de negot. gest. l.* 50. §. 1. *D. de hered. pet. l.* 23. §. 5. *D. de rei vind.* BOEHMER *de action. sect.* 2. *cap.* 6. §. 6.

alsdenn, wenn sie keinen Gewinst suchen, sondern nur dasjenige, so das Ihrige ist, wiederfordern, und wohin dermalen die Absicht der Bürgerschaft gehet, die Unwissenheit oder der Irrthum in dem Rechte nicht schadet c); wenigstens der Bürgerschaft, auf allen Fall, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nach dem Exempel der Minderjährigen, nicht zu versagen seyn dürfte d); und die Etzdorfischen Erben der Wiederbezahlung, weil ihnen die bey der ersten Frage angezogene Landesordnung die Verbindlichkeit zur Uebernahme solcher Unkosten unmittelbar auferleget, sich nicht weigern mögen: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß diesfalls die *actio utilis negotiorum gestorum contraria* wider die Etzdorfischen Erben von der Saalfeldischen Bürgerschaft anzustellen sey.

Die dritte Frage, wie diese Klage einzurichten sey? belangend, so sind wir des rechtlichen Dafürhaltens, daß Klägere in ihrer Klage zuförderst die im Anfange der Geschichtserzählung bis zu den Worten: bezahlen müssen: angezeigten Umstände vortragen, sodann aber ausführen, daß, nach Vorschrift der Altenburgischen Landesordnung part. 2 cap. 4. §. 6, die Erben des Entleibten, wenn sie die Sache der richterlichen Inquisition übergeben und der Entleibte Vermögen, wovon der dazu gehörige Verlag genommen werden kann, hinterlassen, solchen Verlag zu thun schuldig wären; Beklagter N. N. aber der entleibten Etzdorfin Nachlaß, wovon gedachter Verlag bestritten werden könnte, sich nicht nur als Erben angemasset, sondern auch die Haynische Inquisitionssache der Obrigkeit zur Untersuchung überlassen hätten, und, den Rechten nach, ihnen, Klägern, solchen Verlag wieder zu geben verbunden wären, dieselben aber in Güte sich nicht dazu verstehen wollten; dem sie hernach die Bitte beyfügen, in Rechten zu erkennen und auszusprechen, daß Beklagte ihnen den libellirten Kostenverlag nebst den Verzugszinsen wiederzugeben, auch alle verursachte Unkosten dieses Processes zu erstatten schuldig. V. R. W.

CXXXV.

c) *l. 7. l. 8. in fin. D. de iur. et fact. ign.* BRUNNEMANN. BERLICH. *part. 2. decis.* 216. WERNHER in *sel. obs. for. part. 5. obs.* 82.

d) *l. 4. C. quib. ex caus. maj.* ibiq.

CXXXV.

Rechtliches Gutachten

nach H** im Julius 1776.

bey Gelegenheit des obigen Urthels Nummer CXXV.

Von dem Begnadigungsrechte (iure adgratiandi) weltlicher Regenten bey den Verbrechen, worauf in heiliger Schrift eine Todesstrafe gesetzt worden, insbesondere bey dem Menschenmorde.

Als uns das von dem hiesigen Schöppenstuhl wider Franz August Dienemannen im Junius dieses 1776sten Jahres gesprochene Todesurthel, nebst einem an Ihro des Herrn Herzogs J. F** zu S. H** Hochfürstliche Durchlauchten, von denen Dienemannischen Anverwandten gerichtetes Bittschreiben, mit der Frage:

> Ob und in wie ferne gedachte Ihro Herzogliche Durchlauchten aus landesherrlicher Gewalt die gegen den erwehnten Inquisiten Dienemann *puncto assassinii* in den Rechten erkannte Todesstrafe, ohne Beschwerung ihres Gewissens und ohne Verletzung der göttlichen Gesetze, unter den vorliegenden Umständen in eine geringere Strafe verwandeln können?

zugeschicket, und darüber unsere rechtliche Meinung gnädigst begehret worden, demnach sprechen wir vor Recht:

Ob nun wohl Gott bereits dem Noah und dessen Söhnen, nach der Sündfluth, und also schon längst vor dem mit Abrahamen eingegangenen Bunde, folgbar zu der Zeit, da Gott das Jüdische Volk noch nicht als sein besonderes Volk und Eigenthum sich auserseher und erwählet hatte, das Gesetz: Wer Menschenblut vergeußt, des Blut soll auch durch Menschen vergossen werden: besage des ersten Buchs Mose im 9ten Capitel und dessen 6ten Vers, gegeben hat; und selbiges nach der Zeit, Inhalts anderer Stellen der heiligen Schrift, so wohl des alten als neuen Testaments, als im 2ten Buch Mose, Kap. 21, Vers 12, im dritten Buch Mose, Kap. 24, Vers 17, im 4ten Buch Mose, Kap. 35, Vers 16 bis 21, desgleichen bey dem Matthäo, Kap. 26, Vers 52, und in der

Offenbahrung Johannis, Kap. 13, Vers 10, bey allen Arten des vorsätzlichen Todschlages in Uebung erhalten worden ist; es auch der Natur nach nicht unbillig ist, daß jeder so viel Uebels leide, als er Uebels gethan hat, und ihm dahero Gleiches mit Gleichen vergolten werde e); folgbar derjenige, welcher einen Menschen vorsätzlich tödet, auch des Todes sterbe, bevorab da der frevelhafte Todschlag eines Menschen eine Verletzung des göttlichen Ebenbildes ist, und Gott deshalb zum obgedachtem Gesetze im ersten Buch Mose, Kap. 9, Vers 6, die Ursache: denn Gott hat den Menschen zu seinem Bilde gemacht: ausdrücklich hinzugefüget hat; solchemnach dieses Gesetz alle Nachkommen des Noah, auf ewige Zeiten, folgbar auch alle Menschen ohne Ausnahme zu verbinden scheinet, und daß ein solcher Mensch nie begnadiget werden, noch irgend eine Versöhnung, als Geldbuße oder dergleichen, ihn von der verdienten Todesstrafe befreyen könne; anerwogen im 4ten Buch Mose, Kap. 35, Vers 31 und 33: ihr sollet keine Versöhnung nehmen über die Seele des Todtschlägers, denn er ist des Todes schuldig und er soll des Todes sterben, denn wer blutschuldig ist, der schändet das Land, und das Land kann vom Blut nicht versöhnet werden, das darinne vergossen wird, ohne durch das Blut des, der es vergossen hat: ingleichen im 5ten Buch Mose, Kap. 19, Vers 13: deine Augen sollen sein nicht verschonen, und solt das unschuldige Blut aus Israel thun, daß dirs wohl gehe: ausdrücklich enthalten; auch eine weltliche Obrigkeit von göttlichen und natürlichen Rechten, weil deren Kraft zu verbinden nicht von ihrem Willen abhänget, niemanden befreyen kann, vielmehr dieselbe, daß solche genau beobachtet werden, alle Sorgfalt anzuwenden hat, zumal da sie eben deshalb, zur Handhabung der Gerechtigkeit, von Gott eingesetzet worden ist, und aus der Ursache der Apostel Paulus in seinen Briefen an die Römer, Kap. 13, Vers 4, klärlich lehret, die Obrigkeit ist Gottes Dienerin, eine Rächerin zur Strafe über den, der böses thut; dahero nicht wenige berühmte sowohl Gottes- als Rechtsgelehrte in Blutschulden das Begnadigungsrecht (ius adgratiandi) welches sonst einer hohen Landesobrigkeit bey menschlichen Gesetzen zustehet, nicht billigen f); mithin, daß gedachte Ihro Herzogliche Durchlauchten aus landesherrlicher Gewalt die gegen den Inquisiten Dienemann puncto assassinii in den Rechten

e) GROTIUS *de iure belli et pacis lib.* 1. *cap.* 2. §. V. *not.* 3.

f) ADAM RECHENBERG in *diss. de iure Principis Christiani circa homicidium negato.* Lips. 1702. LEYSER in *medit. ad Pand. spec.* 597. *med.* 6.

Rechten erkannten Todesstrafe, ohne Beschwerung ihres Gewissens und ohne Verletzung der göttlichen Gesetze, unter den vorliegenden Umständen nicht in eine gelindere Strafe verwandeln können, es das Ansehen gewinnen will:

D. a. u. d. mit dem Gesetze der Natur: du solt nicht tödten: eben nicht nothwendig die Todesstrafe als eine Folge verknüpft ist, sondern aus dem Rechte der Natur nur so viel, daß die Strafe dem Verbrechen des Todschlägers gleich seyn, und also dieselbe wohl in einer Todesstrafe bestehen könne, keinesweges aber, daß solche just in einer Beraubung des Lebens und in keinem andern Uebel bestehen müsse, so wenig wie bey andern Verbrechen die Art der Strafe, sich bestimmt herleiten läßt; wie auch selbst diejenigen, so eine Allgemeinheit göttlicher positiven Gesetze behaupten, nicht leugnen mögen g); solchemnach die in dem 1sten Buch Mose, Kap. 9, vers 6, von Gott auf den vorsätzlichen Todschlag gelegte Todesstrafe für ein positives Recht, so sich lediglich auf den freyen Willen Gottes gründet, zu halten ist; positive Rechte aber, wenn selbige weislich, wie von Gott als dem allerweisesten Gesetzgeber unstreitig anzunehmen, eingerichtet werden, auf die Umstände der Menschen, unter welchen sich selbige befinden, ihre Beziehung haben, und dahero ihrer eigenen Natur nach, weil die Umstände zufällig, das ist, veränderlich, zu einer Zeit so, zu einer andern Zeit aber wiederum anders beschaffen sind, keine unabänderliche gleiche Anwendung verstatten, sondern, nach Verschiedenheit der Umstände, auch verschiedentlich zu gebrauchen sind; welches sich besonders bey denen auf die Verbrechen gesetzten willkürlichen Strafen ereugenet, als bey welchen nicht nur auf die Freyheit des Verbrechers, womit er wider die Gesetze gehandelt, sondern auch auf den Endzweck der Strafe gesehen werden muß, damit durch selbige theils die öffentliche Sicherheit, daß der Verbrecher nicht weiter dem gemeinen Wesen schade, theils die Abschreckung Anderer, nicht eben dergleichen Verbrechen zu begehen, theils die eigene Besserung des Delinquentens, hinführo vor dergleichen Verbrechen sich zu hüten, und ein gesetzmäßigeres Leben zu führen, befördert werde; vor mehrgedachtem Gesetze aber, Innhalts des 6ten Kapitels des ersten Buchs Mose, die Bosheit der Menschen auf Erden dergestalt groß, und alles Tichten und Trachten ihres Herzens immerdar so böse geworden, daß Gott die Menschen mit der

 Erde,

g) Müller, im Dispensationsrechte, 2ten Buche, 4ten Kapit. §. 20.

Erde, worauf alles Fleisch seinen Weg verderbet und voll Frevels war, so daß unter sothanen Sünden der Menschen der Mord und das Blutvergiessen, indem eine allgemeine Freyheit des Todschlagens eingerissen, die vornehmste gewesen zu seyn scheinet, durch die Sündflut, bey Wiederaufrichtung des menschlichen Geschlechts, damit diese böse Gewohnheit nicht wieder in Schwank käme, solchem Uebel schärfer zu steuren sich entschloß, und, weil damals keine Obrigkeit war, zur Sicherheit des menschlichen Lebens, der ganzen Gesellschaft und jedem insonderheit das Recht, einem Mörder wieder zu tödten; verwilligte; so, daß derjenige, welcher einen Todschläger umgebracht, ungestraft bleiben sollte; welches Recht aber nachmals bey Anordnung der Gerichte, wegen höchst wichtiger Ursachen dem Richter alleine vorbehalten wurde, masen, daß jenes auf immer und ewig, auch alsdenn, wenn sich die Menschen in eine bürgerliche Gesellschaft vereinigen, eben so gehalten werden solle, Gottes Wille nicht gewesen seyn kann, indem Gott damals die Gesetze für solche Menschen gab, die sich im Stande der Natur und einer incultivirten Wildheit befanden; die dahero nur so lange, bis sie eine bürgerliche Gesellschaft stifteten, Obrigkeiten setzten, und ihre erste Rauhigkeit ablegten, gelten konnten; da sodann der Obrigkeit, selbst zur Abschreckung von Mordthaten, nach den Umständen und geänderten Sitten der Menschen, diensame Gesetze zu machen, verstattet war h); solchemnach die bey den Teutschen neuerer Zeiten in der Carolinischen Halßgerichtsordnung Art. 137 auf den Mord und Todtschlag gesetzte Todesstrafe keinesweges für eine solche, die auch zu unsern Zeiten, weil Gott schon ehedessen den Mörder damit belegt wissen wollen, von der hohen Landesherrschaft nicht erlassen und in eine andere verwandelt werden könne, gehalten werden darf; masen, wenn gleich bey einem Morde von der Todesstrafe, damit Andere eben dergleichen böse That zu verüben, in Hofnung, daß ihnen eine gleiche Gnade dereinsten wiederfahren dürfte, nicht verleitet, und hiedurch das Leben Anderer in Unsicherheit gesetzt werde, nicht leichte abzugehen ist, dennoch mit Beyfall bewährter Gottes- und Rechtsgelehrten, besondere gerechte Ursachen vorhanden seyn können, weshalb, selbst nach dem Exempel Gottes, da er, besage des 1sten Buchs Mose, Kap. 4, Vers 15, sogar den vorsätzlichen Brudermord,

h) GROTIVS *de iure belli et pacis lib. I. cap.* II. §. V. *not.* 5. Michaelis deutsche Uebersetzung des alten Testaments mit Anmerkungen für Ungelehrte, im zweyten Theil von dem ersten Buch Mose, in der Anmerkung zum 9ten Kap. Vers 6.

dermord, welchen Cain an Habeln verübet, nicht ebenmäßig mit dem Todschlage geahndet wissen wollen, der Todschlag nicht unabbittlich mit der Todesstrafe zu belegen ist; und solchergestalt eine hohe Landesherrschaft die Todesstrafe in eine andere, mit unverletztem Gewissen, ohne wider die göttlichen Gesetze zu handeln, verwandeln kann i); bey dem dermaligen Verbrechen des Inquisitens Dienemanns nun aber die besondern Umstände vorkommen, daß erstlich derselbe nicht unmittelbar selbst den Amtsdiener Oertel getödtet; in der heiligen Schrift aber von solchen Fällen, da einer unmittelbar selbst unschuldig Blut vergossen, die Rede ist; solche Gesetze aber, welche das Verbrechen mit einer Todesstrafe belegen, eingeschränkt auszulegen sind; zweytens der abgethane Kanzler ausgesaget, daß er einen eigenen Haß auf den Amtsdiener Oertel gehabt hätte; und es also möglich gewesen, daß Kanzler, auch ohne dem Geheiß des Dienemanns, den Amtsdiener Oertel habe erschiessen können; drittens eben dieser Kanzler nicht bey einerley Rede geblieben, sondern anfänglich, daß ihm Dienemann, den Mord zu begehen, zum erstenmale 20 Rthl. hernach aber 40 versprochen habe, ausgesaget, nachhero aber diese seine Aussage dahin geändert hat, daß ihm Dienemann weder 40 Rthl. noch so viel, daß er zufrieden seyn könnte, zu geben versprochen, sondern er, Kanzler, geglaubet habe, daß er eine gelindere Strafe bekommen würde, wenn er vorgäbe, daß ihm Dienemann vor die zu unternehmende Mordthat Geld versprochen hätte; viertens eben dieser Kanzler gestanden, daß ihm Dienemann zu Begehung des Amtsdienermordes mit den Worten: Samuel, wollt ihr es denn noch nicht thun, der Kerl ist ja nichts bessers werth: nicht verleitet habe; fünftens Dienemann declariret hat, daß, wenn ja durch Redensarten eins und das andere vorgekommen seyn sollte, es doch nicht sein Ernst gewesen und ihm davon nichts in sein Herz gekommen wäre; sechstens eben derselbe, nicht unumwunden freywillig, sondern weil er des Lebens satt, und um der Sache ein Ende zu machen, auch weil er sich nicht gerne durch die Folter erst zum Kröpel machen lassen wollte, sein Bekänntniß gethan hat; siebendens eben derselbe, daß alles dasjenige, was Kanzler noch vor seinem Ende

i) PHILIPP LVDEWIG HANNEKEN in *diss. de iure gratiae principis christiani in reos noxae capitalis.* Wittenb. 1701. CHRISTI. THOMASIVS in *diss. de iure aggratiandi principis euangelici in causa homicidii.* Hal. 1707. BOEHMER ad CARPZOVII *pract. rer. crim. part.* 3. *qu.* 150. *obs.* 1. KOCH in *instit. iur. crim.* §. 148. MICHAELIS in *commentat. de poena homicidii* §. 45. *in eiusd. syntagm. commentat. pag.* 78.

de dieserhalb ausgesaget, wahr sey, zwar zu erkennen gegeben, aber über alle die einzelnen Puncte, so Kanzler vor seinem Ende wider ihn ausgesaget, sich nicht besonders deutlich und zuverlässig herausgelassen hat; dahero bey Inquisitens Geständniß, dessen Richtigkeit halber, nicht aller Zweifel hinwegfällt; und eben deshalb vermöge der Entscheidungsgründe besagten Urthels, dem Inquisiten Dienemann zwar die Todesstrafe zuerkannt, jedoch ihm darwider eine Defension annoch zu führen vorbehalten worden ist; da es denn vielleicht geschehen kann, daß er bey dieser Defension so viel ausführet, daß derselbe deshalb ohnehin mit einer gelindern Strafe angesehen werden muß; obige Umstände aber bereits so beschaffen sind, daß deshalb Ihro Herzogliche Durchlauchten, vermöge Landesherrlicher Gewalt, aus Gnaden, die erkannte Todesstrafe in eine gelindere, nämlich in eine immerwährende Gefängnißstrafe verwandeln können, bevorab da eines Theils durch selbige die obgedachten Endzwecke einer Strafe mit einander zu erreichen sind, andern Theils das immerwährende Gefängniß, vermöge der Carolinischen Halßgerichtsordnung Art. 10, 101 und 196, mit zu den Lebensstrafen gewisser masen gerechnet wird k), und dritten Theils eine Landesherrschaft, in Rücksicht auf den Wohlstand einer an sich ehrlichen und unschuldigen Familie, Gnade vor Recht ergehen lassen kan, bevorab wenn, wie hier die supplicirenden Dienemannischen Anverwandten in dem mit überschickten Bittschreiben auf den Fall, da die Todesstrafe in eine gelindere verwandelt werden sollte, geschehen, der durch den Verbrecher verursachte Schade, so viel ihnen nur möglich ist, gutgemachet wird: So sind wir der rechtlichen Meinung, daß gedachte Ihro Herzogliche Durchlaucht aus landesherrlicher Gewalt die gegen den erwehnten Inquisiten Dienemann *puncto assassinii* in den Rechten erkannte Todesstrafe, ohne Beschwerung ihres Gewissens und ohne Verletzung der göttlichen Gesetze, unter den vorliegenden Umständen in eine immerwährende Gefängnisstrafe verwandeln können. V. R. W.

k) BOEHMER in *elem. iur. crim. S.* 2. *c.* 1. §. 4.

Regi-

Register
über vorstehende öffentliche Rechtssprüche.

A.

B

 chen

D

es

F

Nach

H

J

Straf,

Die

Daß

Wenn

 in

V

Rechtss

Ver-

W

Einige Verbesserungen.

Seite 632. §. 1. lies *exceptio*, an Statt *actio*.
- 783. sechste Zeile von unten auf und
- 784. zweyte Zeile von oben herein, lies Mechterstedt, an Statt, Wechterstedt.

Bey der Verlegerin dieser Rechtssprüche sind auch nachstehende und mehrere Bücher in Menge und billigen Preisses zu haben.

Salzmanni

Salzmanni G. I. G. exercitatio iuris publici de priuilegio de non appellando, in specie eius ortu atque interitu. 4. 1768.

Schaumburgii I. G. principia praxeos iuridicae iudiciariae cum emendationibus et obseruationibus *I. A. Reichardi* 2 Tom. 8. 1769 - 1775.

Scheidemantel H. G. legum quarundam Aegyptiorum cum Atticis Spartanisque secundum regulas prudentiae ciuilis comparatio. 8. 1766.

Desselben Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet. 3 Theile gr. 8. 1770 - 1773.

Desselben allgemeines Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsform. gr. 8. 1775.

Schierschmidii I. I. elementa iuris naturalis, socialis et gentium. 2. Tom. 8. 1742.

Schmidts J. L. ausführl. Abhandlung der strittigen Rechtsfrage: in was für Münzsorten ist eine Geldschuld abzutragen? 4. 1763.

Desselben rechtliche Entscheidungen, wodurch zugleich die Abhandl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen, praktisch erläutert wird. 4. 1769.

Eiusd. liber singularis de fideiussore plane non obligato, vulgo, von dem Bürgen welcher dem Gläubiger gar nicht haftet. 4. 1763.

Desselben comment. de fideiussore principaliter obligato, von dem Bürgen, welcher dem Gläubiger noch vor Ausklagung des Hauptschuldners haftet. 4. 1768.

Eiusd. conspectus systematicus super *G. A. Struuii* iurisprudentia romano-germanico forensi. 4. 1763.

Eiusd. praecepta artis disputandi. 4. 1763.

Eiusd. systematica descriptio doctrinae de actionibus. 4. 1768.

Eiusd. institutiones iuris ciuilis in formam artis redactae. 8 maj. 1771.

Eiusd. systematica descriptio institutionum suarum iuris ciuilis. 8. maj. 1772.

Desselben praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden. 8. 1774.

Schmidii P. W. institutiones praxeos iudiciariae tam fori communis quam Saxonici. 8. 1751.

Teichmeyeri H. F. institutiones medicinae legalis vel forensis aucta a I. F. Faselio. 4. 1767.

Walchii C. F. Iuris Consultus Antecessor ex variis iuris civilis veterumque auctorum locis descriptus 8. 1753.

Eiusd. de testis reo paris praestantia in iure germ. liber sing. 8. 1756.

Desselben Einleit. in die Wissenschaft aus Acten einen Vortrag zu thun u. darüber zu erkennen. 8. 1773.

Desselben Näherrecht systematisch entworfen, neu vermehrte Auflage. 8. 1775.

Wiedeburgs J. E. B. Anleitung zum Rechnungswesen. 8. 1773.